



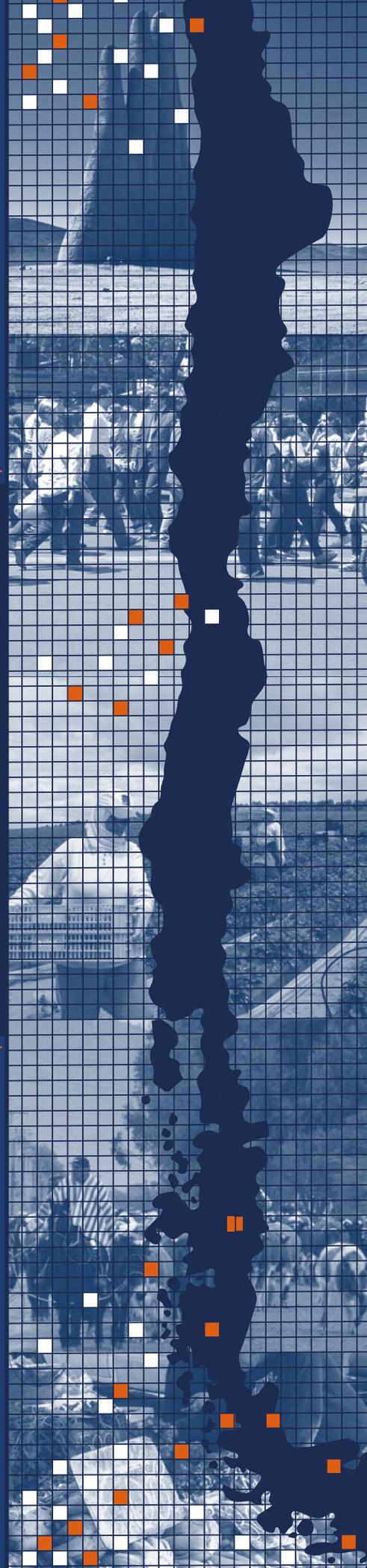
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

CICLO DE DISCUSIONES

Una gran conversación por CHILE

Proceso constituyente y
nueva constitución política

AGOSTO - NOVIEMBRE 2015





FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

CICLO DE DISCUSIONES
Una gran conversación por
CHILE
Proceso constituyente y
nueva constitución política



ÍNDICE



INTRODUCCIÓN	PÁGINA
PALABRAS DEL DECANO	11

CONVERSACIONES POR CHILE: EL APOORTE DE LA FACULTAD DE DERECHO A UN PROCESO CONSTITUYENTE PARTICIPATIVO, INCLUSIVO Y REPUBLICANO.

Davor Harasic Y., Decano Facultad de Derecho de la Universidad de Chile,

PRESENTACIÓN	PÁGINA
A MODO DE INTRODUCCIÓN	19

Profesora Ana María García Barzelatto, Directora Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile,

RESUMEN	PÁGINA
CONTENIDO DE LAS SESIONES	21

CAPÍTULO I	PÁGINA
SESIÓN INAUGURAL / 10 DE AGOSTO DE 2015	33

INAUGURACIÓN DEL CICLO DE DISCUSIONES PROCESO CONSTITUYENTE Y NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Intervenciones:

Decano Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Davor Harasic Y.

Ministro Secretario General de Gobierno, Marcelo Díaz D.

Rector de la Universidad de Chile, Ennio Vivaldi V.

CAPÍTULO II	PÁGINA
SESIÓN 10 DE AGOSTO DE 2015	49

TEMA: ¿NECESITAMOS UNA NUEVA CONSTITUCIÓN?

Expositor: Jorge Correa Sutil

Comentarios: Enrique Navarro B.

Eric Palma G.

Modera: Profesora Ana María García Barzelatto



SESIÓN 13 DE AGOSTO DE 2015

71

TEMA: PROCESO CONSTITUYENTE

- Expositor:** Profesor Pablo Ruiz-Tagle Vial
- Comentarios:** Profesor Eduardo Aldunate L.
Profesor Jaime Bassa M.
- Modera:** Profesora Ana María García Barzelatto

SESIÓN 19 DE AGOSTO DE 2015

99

TEMA: CAMBIOS CONSTITUCIONALES. REFLEXIONES Y PROPUESTAS V SEMINARIO DE PROFESORAS DE DERECHO PÚBLICO

- Expositoras:** Profesora Ana María García Barzelatto
Profesora Amaya Álvez M.
Profesora Beatriz Arriagada C.
Profesora Miriam Henríquez V.
Profesora Sandra Ponce de León S.
Profesora Marcela Ríos T.
Profesora Carolina Salas S.
Profesora María Pía Silva G.
- Moderadores:** Profesor Enrique Navarro B.
Profesor Francisco Zúñiga U.
Profesor Augusto Quintana B.

SESIÓN 20 DE AGOSTO DE 2015

163

TEMA: PROBIDAD COMO PRINCIPIO RECTOR DE RANGO CONSTITUCIONAL

- Expositor:** Profesor Manuel Núñez Poblete
- Comentarios:** Profesor Luis Cordero V.
Profesor Emilio Pfeffer U.
Profesor José Zalaquett D.
- Modera:** Profesor Enrique Navarro B.

SESIÓN 27 DE AGOSTO DE 2015

193

TEMA: FORMA DE CONSAGRACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Expositor: Profesor Francisco Zúñiga U.

Comentarios: Profesor Rodrigo Correa G.
Profesor Teodoro Ribera N.

Modera: Profesor Paulino Varas A.

SESIÓN 1 DE SEPTIEMBRE DE 2015

215

TEMA: LA DIGNIDAD HUMANA COMO VALOR CONSTITUCIONAL

Coordinadora: Profesora Gladys Camacho C.

Expositores: Profesor Ricardo Chueca R.
Profesora Ascensión Elvira P.
Profesor Gonzalo García P.
Profesor Enrique Navarro B.
Profesor José Ignacio Núñez L.
Profesor Francisco Zúñiga U.

Modera: Profesora Miriam Henríquez V.

SESIÓN 3 DE SEPTIEMBRE DE 2015

265

TEMA: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LIBERTAD DE ENSEÑANZA

Expositor: Profesor Carlos Peña G.

Comentarios: Profesor Ernesto Águila Z.
Profesor Flavio Quezada R.

Modera: Profesora Ana María García Barzelatto



SESIÓN 7 DE SEPTIEMBRE DE 2015

295

MESA REDONDA: PROCESOS CONSTITUYENTES EN LATINOAMÉRICA

- Intervienen:** Profesor Roberto Gargarella
Profesor Marcelo Alegre
Profesor Pablo Ruiz-Tagle V.
Profesor Fernando Atria L.
- Modera:** Decano Davor Harasic Y.

SESIÓN 10 DE SEPTIEMBRE DE 2015

337

TEMA: DERECHO DE PROPIEDAD

- Expositor:** Profesor Enrique Barros B.
- Comentarios:** Profesor Arturo Fernandois V.
Profesor Matías Guiloff T.
- Modera:** Profesora Ana María García Barzelatto

SESIÓN 24 DE SEPTIEMBRE DE 2015

369

TEMA: DERECHOS DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

- Expositor:** Profesor Salvador Millaleo H.
- Comentarios:** Profesor José Zalaquett D.
Profesor Cristián Román C.
- Modera:** Profesor Francisco Zúñiga U.

SESIÓN 1 DE OCTUBRE DE 2015

393

TEMA: GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS SOCIALES

- Expositor:** Profesor Javier Couso S.
- Comentarios:** Profesora Miriam Henríquez V.
Profesor Francisco Saffie G.
Profesor Andrés Mahnke M.
- Modera:** Profesora Ana María García Barzelatto

SESIÓN 8 DE OCTUBRE DE 2015

421

TEMA: FORMA DE ESTADO: HACIA UNA EFECTIVA DESCENTRALIZACIÓN

Expositor: Profesor Humberto Nogueira A.

Comentarios: Profesora Ana María García Barzelatto
Profesor José Ignacio Vásquez M.

Modera: Profesor Paulino Varas A.

SESIÓN 15 DE OCTUBRE DE 2015

449

TEMA: ROL DEL ESTADO ¿ESTADO SUBSIDIARIO?

Expositor: Profesor Salvador Mohor A.

Comentarios: Profesor William García M.
Profesor Álvaro Tejos C

Modera: Profesor Enrique Navarro B.

SESIÓN 22 DE OCTUBRE DE 2015

473

TEMA: PARTIDOS POLÍTICOS Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Expositor: Profesor Patricio Zapata L.

Comentarios: Profesor Fernando Atria L.
Profesor Víctor Manuel Avilés H.

Modera: Profesora Ana María García Barzelatto

SESIÓN 29 DE OCTUBRE DE 2015

505

TEMA: FORMA DE GOBIERNO PRESIDENCIAL

Expositor: Profesor Carlos Huneeus M.

Comentarios: Profesor Lucas Sierra I.
Profesor Francisco Soto B.

Modera: Profesora Ana María García Barzelatto



SESIÓN 4 DE NOVIEMBRE DE 2015

533

**TEMA: RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE UNA VIEJA CONSTITUCIÓN
A UNA NUEVA CONSTITUCIÓN**

Expositor: Profesor Augusto Quintana B.

Comentarios: Profesor Fernando Muñoz L.

Profesor Ramón Huidobro S.

Modera: Profesora Ana María García Barzelatto

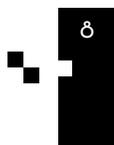
SESIÓN DE CIERRE / 10 DE NOVIEMBRE DE 2015

562

CEREMONIA DE CLAUSURA DEL CICLO DE DISCUSIONES

Intervención del Rector de la Universidad de Chile, don Ennio Vivaldi Vejar.

Discurso de Clausura de S.E. ex Presidente de la República, don Ricardo Lagos Escobar.





FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Una gran conversación por

CHILE

Proceso constituyente y
nueva constitución política



INTRODUCCIÓN

PALABRAS DEL DECANO





CONVERSACIONES POR CHILE: EL APOORTE DE LA FACULTAD DE DERECHO A UN PROCESO CONSTITUYENTE PARTICIPATIVO, INCLUSIVO Y REPUBLICANO.

■ ■ ■

INTRODUCCIÓN

En nuestro país se están llevando a cabo varios procesos políticos de transformación. El más relevante de ellos es el proceso constituyente.

Nuestra Facultad de Derecho, la Facultad de Derecho pública del país, no quiso ni puede quedar al margen de este proceso, debiendo entregar su mirada a la comunidad acerca del acuerdo político y normativo básico de la vida democrática.

Es por ello que a principios de agosto de este año comenzamos, con la organización del Departamento de Derecho Público, un Ciclo de Discusiones sobre el Proceso Constituyente y la nueva Constitución Política. Este ciclo constó de 15 exitosas jornadas que contaron con 63 excelentes expositores, académicos chilenos y extranjeros, y la participación de autoridades, representantes de la sociedad civil, así como de estudiantes y ciudadanos.

PRIMERAS SESIONES: NECESIDAD DE UNA NUEVA CONSTITUCIÓN Y FORMA DEL PROCESO CONSTITUYENTE

Durante estos conversatorios participamos en los temas más trascendentes, abordando desde el punto de vista académico y con el objeto de contribuir a este proceso, los aspectos de forma y fondo que consideramos más controvertidos. Quisimos que este ciclo fuera lo más constructivo y plural posible, por lo que comenzamos con la pregunta básica: ¿necesitamos una nueva Constitución?

A pesar de las diferencias de opiniones entre nuestros panelistas de aquella sesión inaugural, todos se inclinaron por la respuesta afirmativa, defendiendo, con mayor o menor ímpetu, la necesidad de que Chile tenga una nueva Constitución y no una mera reforma Constitucional, pues, tal como lo dijo en su oportunidad el profesor Jorge Correa “necesitamos un proceso constituyente para volver a relegitimar, a volver a reencontrar las instituciones con la ciudadanía.” El profesor Eric Palma nos formuló la tesis de cierto “Constitucionalismo de Estocolmo”, haciendo un símil entre el síndrome de Estocolmo según el cual los secuestrados terminan involucrándose con sus captores, y la situación de quienes defienden la actual Constitución.



Luego pasamos a discutir el mecanismo idóneo por el cuál deberíamos darnos una nueva Constitución, entendiendo que la discusión por la forma es trascendental para el fondo. Advertimos con agrado que, pese a las divergencias de opinión, los panelistas fueron más o menos contestes en señalar que el proceso debe ser lo más inclusivo y participativo posible. El profesor Pablo Ruiz-Tagle lo pone en términos claros, “la Presidenta Bachelet es un actor principalísimo en esta materia constitucional, pero ciertamente que no es el único y exclusivo sujeto que debe intervenir.” Y haciendo referencia a Bruce Ackerman, abogó por un proceso constitucional en “los términos respetuosos de la deliberación en que se acepta no sólo la existencia del contrincante, sino que se lo invita a discutir de manera cándida, abierta, ingenua, las ideas que puede tener con la esperanza de que en el proceso se puede producir una persuasión mutua y se puedan convencer unos a otros de cuáles son los mejores argumentos,” idea que compartimos con entusiasmo.

La tercera sesión de este Ciclo coincidió con el quinto seminario de profesoras de Derecho Constitucional, patrocinado por el Tribunal Constitucional de Chile y la Asociación Chilena de Derecho Constitucional, que en esta oportunidad abordó los Cambios constitucionales, reflexiones y propuestas. La excelencia y diversidad de visiones entregadas por las académicas de distintas universidades y países enriquecieron la discusión y permitieron la profundización de tres temas fundamentales para el proceso constituyente: los principios que regulan el orden constitucional chileno, el Orden Político y los Derechos y Garantías.

Durante las dos primeras sesiones pudimos comprender y profundizar los principales temas de forma, que, como señalamos, son fundamentales para este proceso pero precisamente por su implicancia con el fondo. Tal como lo he recalcado en innumerables ocasiones, el mecanismo con el que nos daremos una nueva Constitución determinará su legitimación y su contenido, con la esperanza que podamos todos decir que es nuestra; no nos cansaremos de repetir lo anterior. En atención a la importancia de este contenido, durante la tercera y cuarta parte de este Ciclo de Discusiones abordamos los principios y derechos más relevantes que deberíamos incluir en nuestra nueva Constitución y comenzamos por un principio que cada día se vuelve más atingente y necesario, como es la probidad.

CONTENIDO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN: PROBIDAD Y DIGNIDAD HUMANA

En el contexto latinoamericano, hemos podido ser testigos de sucesos de corrupción impactantes, de los cuales Chile no ha quedado al margen. Por esto destaco el nombre con el que se tituló esta cuarta sesión “la probidad como principio rector de la Constitución”, que recoge una tesis central que debiéramos adoptar en la elaboración de una nueva Constitución. Este principio es el que permite legitimar nuestras instituciones y a nuestras autoridades, de manera que gocen de la confianza que exige un Estado de Derecho. Así lo señaló el profesor Manuel Núñez, “si uno entiende en general que la probidad es la primacía del interés general sobre el interés particular, la primera función que tiene una constitución es la de hacer posible la existencia de ese interés general.”

Pero la probidad hay que entenderla como un principio amplio que debe expresarse en la configuración institucional que determina la Constitución. Las ideas y propuestas expuestas durante esta jornada nos dan luces sobre cómo consagrar este principio. Entre otras cosas, se propuso la creación de un Tribunal de Ética Pública que permita perseguir y sancionar las desviaciones de la probidad. Y también se propuso extender este principio a la gestión administrativa del Poder Judicial y del Congreso Nacional, reformando los diseños institucionales. Sin duda que tenemos que combatir la corrupción y



defender la transparencia, pero tampoco podemos volvernos a una Constitución moralista ni convertirnos en un Estado excesivamente persecutor. Tenemos que hacer un balance de los principios en juego y la perspectiva académica siempre es beneficiosa para la consecución de este objetivo porque nos otorga una visión que no está subordinada a interés distinto del que brinda la creencia en el mejor argumento.

La discusión por el fondo nos conduce a replantearnos la forma de consagración de los derechos fundamentales, que fue el tópico de la quinta jornada que nos introdujo al tema, a mi juicio, culmine de este proceso constituyente: los derechos fundamentales y las garantías constitucionales. En esta línea, durante las siguientes jornadas pudimos ilustrarnos y debatir sobre el derecho a la educación y libertad de enseñanza, el derecho de propiedad, los derechos de los pueblos originarios y las garantías de los derechos fundamentales y derechos sociales en general.

Pero antes de discutir estos derechos fundamentales, tuvimos la excelente oportunidad de abordar un tema que hoy está muy de moda: la dignidad humana como valor constitucional. Quisiera relevar que la jornada que abordó este tema no sólo destacó por la importancia de su contenido, sino también por haber sido fruto de una organización conjunta entre los Departamentos de Derecho Público de las Facultades de Derecho de la Universidad de Chile y de la Universidad Alberto Hurtado. Esto permitió que contáramos con destacados académicos de ambas Universidades, así como de connotadas universidades españolas.

Durante los últimos tiempos, la dignidad humana ha sido citada y utilizada para justificar diversos derechos y situaciones, y, por lo mismo, la discusión sobre el contenido de una Constitución no puede evadir la pregunta sobre si y cómo consagrar la dignidad humana a nivel constitucional.

Este tema no es baladí si entendemos que tanto los tribunales como los dirigentes fundan muchas de sus decisiones en este principio. Muchos de los temas que hoy están siendo materia de discusión en la opinión pública, como las condiciones laborales, el aborto, la libertad de expresión, el matrimonio igualitario, pueden abordarse desde la óptica de la dignidad humana y creo no equivocarme al señalar que todos estamos de acuerdo en que la dignidad humana debe servir de presupuesto para el reconocimiento recíproco de todos los miembros de una comunidad. Tiene la característica de servir como punto de encuentro entre las distintas interpretaciones y concepciones que pueden existir. Bien lo decía la profesora española, Ascensión Elvira, que nos ilustró con las principales tendencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de Dignidad Humana: “la dignidad viene a significar una especie de núcleo común e incontrovertible frente a los diferentes Estados, frente a las distintas concepciones que plantean los diferentes ordenamientos en ocasiones sumamente dispares que existen entre los diferentes países.”

Sin embargo, la virtud de ser común a todas las percepciones puede volverse en nuestra contra cuando pensamos que podría servir para justificar restricciones a la libertad. En este sentido, resulta muy valioso lo señalado durante esta jornada por el profesor, también español, Ricardo Chueca, que nos advierte sobre la consagración constitucional de la dignidad humana, que se podría “perfectamente utilizar para construir lo que podríamos llamar un nuevo naturalismo”. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido claro en relevar la autonomía personal frente al ámbito de imposiciones estatales, por lo que no se ha incluido como atentado en contra del derecho a la vida las cuestiones en torno a la posibilidad de eutanasia, suicidio asistido o aborto.

No podemos permitir que nuestra sociedad se vuelva esencialista y, por lo mismo, en este proceso constituyente resulta



fundamental determinar la forma en que concebiremos la dignidad humana entendiendo cómo queremos que nuestros Tribunales y nuestros representantes la consideren al momento de tomar sus decisiones, sin que se permita restringir las autonomías ni imponer visiones de grupos determinados.

No puedo entrar en detalle sobre las importantes discusiones que se presentaron en materia de derechos fundamentales y la garantía de los mismos. Pero, en atención a que nos encontramos en la Casa de Estudios de Chile, no puedo sino repetir las preguntas planteadas por el profesor Carlos Peña en su exposición: “¿Cómo queremos vivir? ¿Queremos vivir en una sociedad contributiva, una sociedad en la que cada uno recibe en materia de educación, salud o vivienda tanto como aportó; o en cambio preferiremos vivir en una sociedad de prestaciones universales, es decir, una en la que cada uno recibe cierto tipo de bienes, en razón no de lo que aporta, sino que simplemente de su pertenencia a la comunidad política”.

En una sociedad extremadamente individualista como la que vivimos hoy, tenemos que resaltar los compromisos que tenemos que abordar en conjunto y, en este sentido, me parece que tenemos que transformar nuestro sistema en uno de consagración de derechos fundamentales que considere el multiculturalismo que caracteriza nuestra sociedad, pero, además, que apunte a corregir y disminuir las diferencias abismantes que existen en nuestro país. Creo que la vía de hacerlo es reconocer a la educación y a la salud, por nombrar algunas, como derechos sociales.

CONTENIDO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN: FORMA INSTITUCIONAL

Hoy que tenemos instituciones cada vez más deslegitimadas y donde la ciudadanía, a pesar de estar más comprometida, siente cada vez menos confianza en sus representantes, no podíamos ignorar la discusión sobre la forma en que la identidad de nuestro país se expresa. Por esto, durante la última parte de este Ciclo nos centramos en los importantes tópicos relativos a la forma del Estado y su relación con la descentralización; los partidos políticos y la participación ciudadana; y si acaso la forma de Gobierno presidencial es la idónea, para finalizar en la última jornada con una reflexión sobre un posible régimen de transición de la actual “vieja” Constitución a una “nueva Constitución”.

Con el objetivo de lograr una mayor inclusión la profesora Ana María García, llamó a la creación de formas de participación ciudadanas a nivel regional, con el objeto de permitir el conocimiento y compromiso por parte de la ciudadanía regional de los planes de desarrollo para su localidad. Además, denunció las desigualdades que existen en los distintos sectores de nuestro país, llamando a potenciar el desarrollo con cohesión territorial, donde todas las personas tengan igualdad de acceso a las políticas públicas que se adopten, independientemente del lugar donde nacen y viven.

Como lo dije anteriormente, las formas de representación son cada día menos valoradas. De acuerdo a las últimas encuestas, los partidos políticos son las instituciones que menos confianza inspiran y la política en sí ha perdido su credibilidad (un 88% de los encuestados respondió que la política no le inspiraba ninguna (47%) o poca (41%) confianza). También advirtió de este problema el profesor Carlos Huneeus, contextualizando este proceso en un momento de crisis de representación, caracterizada por una caída de participación electoral por debajo del 46% del padrón, una bajísima confianza en las instituciones y élites, especialmente políticas, y una debilidad y fragmentación de los partidos políticos. Entonces, nos preguntamos ¿cómo abordar en la nueva constitución a los partidos políticos y las formas de representación? ¿Debemos contemplar nuevas formas menos personalizadas, centradas en ideas concretas, como los sistemas de listas que se propusieron en estas jornadas o más bien tenemos que apuntar a lograr una Constitución que no neutralice las



decisiones políticas y permita que los partidos actúen? También tenemos que replantearnos esto a la luz de lo señalado en relación a la probidad ¿exigiremos a los partidos políticos una mayor transparencia en sus gastos y actuaciones?

Todavía más, algunos sugieren que no podemos ni siquiera hablar de una nueva Constitución si no cambiamos la forma de gobierno. En este sentido, Huneeus planteó una serie de propuestas que, estoy seguro, serán motivo de análisis en las próximas etapas de este proceso constituyente.

CONCLUSIONES Y PROYECCIONES

Estamos ciertos que las ponencias que aquí se presentan repercutirán en este proceso constituyente en pleno curso. Porque cada una de las visiones que se expusieron en el Aula Magna de la Facultad servirá para abrir aún más el debate. Las tenemos que aprovechar para que todos y cada uno de los ciudadanos dispute con argumentos lo que nos es común. De esta forma estaremos realizando la misión de la Universidad de fungir de centro pensante en que el diálogo es lo que constituye la red de relaciones en su interior, y hacia su entorno.

Cuando comenzamos este Ciclo nos encontrábamos en una situación muy distinta a la que nos encontramos hoy, en que la Sra. Presidenta de la República ha anunciado un calendario con etapas determinadas. Sin embargo, todavía no hay certeza en cuanto a la forma que adoptará nuestro proceso constituyente por lo que estimo que lo debatido será una gran contribución que permitirá dar luces acerca de los futuros pasos a seguir.

Gracias al esfuerzo desplegado por nuestros Departamento de Derecho Público y Oficina de Comunicaciones, hemos logrado recopilar todas las ponencias en este libro que entregaremos a la Excelentísima señora Presidenta. Estoy seguro que este documento será un importante insumo para lo que ella ha llamado “Diálogos ciudadanos”.

En cumplimiento de nuestra misión, comprometida con la formación de un Estado de Derecho en vínculo con la ciudadanía, creemos que este documento es el mejor servicio que podemos hacer al país en este momento histórico. Sin duda, continuaremos generando instancias de diálogo y debate público pluralista, en vistas de este proceso constituyente que todavía tiene un largo camino por recorrer.

Si algo caracteriza y distingue a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile es que no es neutra en las materias que afectan al país. Sin duda, los miembros de su comunidad universitaria tienen opiniones diversas y a veces contrapuestas, que no ocultan ni tampoco se reprime su manifestación. Por el contrario, esta Facultad no sólo puede sino que tiene la misión de abrir sus puertas y erigirse como la instancia académica de diálogo y legítimo disenso, ajeno a presiones y obstáculos de cualquier tipo. Es por esto que confiamos en que este Ciclo haya sido sólo el comienzo de nuestro aporte y también el primero de muchas otras “Conversaciones por Chile” que organizaremos con el objeto de abordar e informarnos con una mayor profundización en los temas cruciales en la constitución de la identidad de nuestro país.

DAVOR HARASIC YAKSIC

Decano

Santiago, 10 de noviembre de 2015



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Una gran conversación por

CHILE

Proceso constituyente y
nueva constitución política



INTRODUCCIÓN

PRESENTACIÓN

RESUMEN DE LOS CAPÍTULOS



A MODO DE INTRODUCCIÓN



La presente publicación comprende la versión completa y fidedigna del Ciclo de Discusiones “Proceso Constituyente y Nueva Constitución Política”, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, bajo la organización del Departamento de Derecho Público, en el período comprendido entre el 10 de agosto y el 5 de noviembre de 2015.

La realización de este Ciclo y la publicación de su resultado constituye una respuesta a las inquietudes que desde hace algún tiempo se han ido desarrollando en la sociedad chilena, tanto entre quienes detentan el ejercicio de poder soberano, como entre sus destinatarios, es decir, la comunidad toda.

Estimamos que con esta actividad estamos dando cumplimiento a uno de los deberes que corresponde al estamento académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, por su carácter público, su pluralismo y la excelencia de sus docentes.

Las sesiones se enriquecieron con la asistencia de profesores, estudiantes y, particularmente, de público en general, generándose espacios de tiempo para el diálogo, preguntas y comentarios de los asistentes. Los paneles se celebraron semanalmente, todos los días jueves de 18:30 a 20:30 horas, por lo general en el Aula Magna de la Facultad de Derecho.

Cada sesión constó de un panel destinado al estudio de un tema específico, desarrollado por un expositor y comentado por dos o tres académicos.

Así, se abordó el análisis de temas cruciales para el desarrollo del proceso constituyente, los que fueron examinados durante dieciséis sesiones por especialistas de esta casa de estudios y por profesores especialmente invitados, lo que en total sumó la participación de 63 académicos.

A la interrogante planteada en el primer panel ¿necesitamos una nueva Constitución? siguió un amplio abanico de temas fundamentales, tales como la importancia de la probidad como principio rector de rango constitucional, la forma de consagración de los derechos fundamentales en general, y en particular los derechos a la educación, la libertad de enseñanza, el derecho de propiedad, la protección de los derechos sociales, y de los pueblos originarios.

Posteriormente, se avanzó en el estudio de la forma de Estado Unitario y la necesidad imperiosa de lograr una efectiva descentralización, los alcances de la subsidiariedad, la urgencia de renovar la forma de gobierno presidencial, la revalorización de los partidos políticos y la importancia de potenciar los canales de participación ciudadana.



Si bien las exposiciones, comentarios y debates se efectuaron desde la perspectiva que proporciona el conocimiento reflexivo y metódico, no por ello estuvo ausente la discusión abierta y razonada de puntos de vista diversos, como corresponde a un auténtico debate académico.

Cabe hacer presente que como parte de este Ciclo se integró el V Seminario Anual de Profesoras de Derecho Público que versó sobre “Cambios constitucionales. Reflexiones y propuestas”. También, el Seminario sobre “La dignidad humana como valor constitucional”, con la participación de destacados profesores españoles de la Universidad de la Rioja y Carlos III de Madrid. Y, la Mesa Redonda sobre “Poder Constituyente. Regulación y límites”, en la que junto a profesores de nuestra Facultad participaron los académicos de la Universidad de Buenos Aires, Roberto Gargarella y Marcelo Alegre.

Es nuestro deseo que esta publicación constituya un aporte a la actual discusión constitucional y un valioso material de consulta para las deliberaciones que actualmente se desarrollan en nuestro país y las decisiones que se habrán de tomar en el futuro.

ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO

Directora Departamento de Derecho Público

Santiago, 10 de noviembre de 2015

CICLO DE DISCUSIONES

“PROCESO CONSTITUYENTE Y NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA”

■■■

CONTENIDO DE LAS SESIONES

Resumen elaborado por ayudantes del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho,
Universidad de Chile

PRIMERA SESIÓN: 10 DE AGOSTO DE 2015

TEMA: ¿NECESITAMOS UNA NUEVA CONSTITUCIÓN?.

Expositor: Jorge Correa Sutil

Comentarios: Enrique Navarro B., Eric Palma G.

El profesor Jorge Correa adelanta su conclusión en el sentido que sí necesitamos una nueva Constitución y las razones son variadas. La primera es que la actual Constitución carece de legitimación social, se la acusa de ser la Constitución de Pinochet, imputación que es del todo injusta luego de los sucesivos procesos de reformas. Ahora bien, hace falta un diagnóstico sobre la Constitución que queremos como país. La segunda razón hace referencia al avance de la noción de derechos justiciables, de derechos económicos y sociales; esta idea merece reconsiderarse, en el sentido de que los jueces no deberían hacer un control de políticas públicas. La tercera razón atiende al espíritu de instaurar un nuevo modelo, aunque no le parece del todo correcto que para ello deba procederse por la vía constitucional, esto debe quedar entregado a los poderes representativos. Finalmente, aclara que la necesidad de una nueva Constitución se presenta como una panacea a la crisis política que experimenta Chile. Así las cosas, el proceso constituyente debería partir planteado la pregunta a los ciudadanos sobre de qué forma estarían dispuestos a volver a participar en política.

El comentario del profesor Navarro plantea la necesidad de volver sobre la historia constitucional de Chile y a la historia de la Constitución del 80 la que ha tenido 35 procesos de reformas constitucionales, modificando un total de 300 artículos, por lo que estima que no estamos ante la misma Constitución. Finalmente, estima que una nueva Constitución: i) debe fortalecer el sistema político; ii) perfeccionar la autonomía judicial; iii) propugnar la participación ciudadana en la generación de políticas públicas, y; iv) dejar a la legislación el detalle de los derechos fundamentales.

El profesor Eric Palma aclara que la demanda de una Asamblea Constituyente es un asunto antiguo, que data del año 1978. Es necesaria una nueva Constitución que responda a la demanda de autodeterminación de los pueblos.



SEGUNDA SESIÓN: 13 DE AGOSTO DE 2015

TEMA: PROCESO CONSTITUYENTE.

Expositor: Pablo Ruiz-Tagle

Comentarios: Eduardo Aldunate L, Jaime Bassa M.

El profesor Ruiz Tagle ahonda en su exposición en torno a la historia y contexto constitucional hasta el día de hoy, en razón del anuncio presidencial que da inicio al Proceso Constituyente, caracterizando ante todo dicho proceso como uno de índole político más que netamente teórico o normativo. En esta misma línea, establece que la actual carta magna contendría un “ADN autoritario” que ha impedido en los gobiernos democráticos desde 1990 generar una verdadera validación ciudadana de ésta, a pesar de las múltiples reformas a las que ha sido sometida. Sin descartar apriorísticamente ningún método formal de cambio constitucional, sí advierte que no existirían “soluciones mágicas” en esta materia y que cualquier cambio, debe ir de la mano con un gran acuerdo político. El profesor Aldunate realiza el alcance respecto de cómo conciliar el ya referido “ADN autoritario” constitucional con un cambio que involucre una decisión informada de la ciudadanía, mientras el profesor Bassa reivindica el Proceso Constituyente en razón de un análisis materialista de la historia político-institucional de Chile.

TERCERA SESIÓN: 19 DE AGOSTO DE 2015

TEMA: CAMBIOS CONSTITUCIONALES. REFLEXIONES Y PROPUESTAS. 5° SEMINARIO DE PROFESORAS DE DERECHO PÚBLICO.

Expositoras: Ana María García B., Amaya Álvez M., Beatriz Arriagada, Miriam Henríquez, Sandra Ponce de León, Marcela Ríos T., Carolina Salas, María Pía Silva.

En este V Seminario anual de profesoras de Derecho Público, las expositoras abordaron materias debatidas en el ámbito del derecho constitucional que a su juicio debieran ser consideradas dentro de un proceso de cambio constitucional. De lo anterior, en tres paneles se debatió lo siguiente: i) Principios que informan el ordenamiento constitucional chileno, como el de participación ciudadana como vía a una democracia semi directa y la regulación de la relación entre el Estado y la persona; ii) En materia de Régimen Político, se debatió sobre la conveniencia de una transición hacia un régimen semi presidencial o un régimen presidencialista atenuado. Asimismo se abordó los límites al ejercicio del poder del Estado, con especial atención en las atribuciones del Tribunal Constitucional a la luz de los principios que inspiran un orden democrático y social de derecho; iii) En cuanto a la regulación de los derechos fundamentales, el panel abordó la constitucionalización de nuevos derechos y las garantías asociadas a éstos. Finalmente, el panel abordó la intensidad de la regulación de los derechos sociales, económicos y culturales, en contraste con las posiciones teóricas de constitución mínima.

CUARTA SESIÓN: 20 DE AGOSTO DE 2015

TEMA: PROBIDAD COMO PRINCIPIO RECTOR DE RANGO CONSTITUCIONAL.

Expositor: Manuel Núñez Poblete

Comentarios: José Zalaquett D., Luis Cordero V., Emilio Pfeffer U.

El profesor Poblete expone sobre la relación respecto de la función que cumple en la Constitución el principio de probidad. Indica que la probidad es la primacía del interés general sobre el interés particular, por lo que todo el diseño constitucional debe hacer posible la configuración de este interés general. El interés puede tener como variable la representación de los intereses particulares de los pueblos indígenas, o cualquier otro pueblo. En un segundo sentido, da cuenta que el estándar de integridad es un imperativo que surge a partir de la prevención, castigo y lucha contra la corrupción, tanto a nivel de Naciones Unidas como a nivel Interamericano. Un segundo tema que trata corresponde a cuál es el lugar que ocupa el debate sobre la probidad dentro del proceso de reforma constitucional. Al respecto, señala que al compararse la densidad normativa de las reglas del Título Tercero de la Ley de Bases, partiendo con una comparación entre el Congreso Nacional y en general el Estatuto de la Administración del Estado, existen diferencias de estándares, como también entre el estándar de conducta del parlamentario en la Cámara de Diputados vs el Senado. Luego, indica que se debe revisar la posible imposición de nuevas limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales para resguardar y fortalecer la probidad, como ocurriría al limitar la autonomía de los cuerpos intermedios en lo que respecta al financiamiento de las campañas políticas.

QUINTA SESIÓN: 27 DE AGOSTO DE 2015

TEMA: FORMAS DE CONSAGRACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Expositor: Francisco Zúñiga Urbina

Comentarios: Rodrigo Correa G., Teodoro Ribera N.

El expositor se refiere a la forma en que se ha regulado constitucionalmente el derecho de propiedad, en especial en la función social que debe cumplir. A su juicio se debe abordar la función social como un elemento intrínseco al derecho de propiedad, estableciendo regalías para el caso en que se establezca limitaciones al dominio. En ese sentido, la propiedad obliga.

En segundo término, el autor se refiere al concepto de “Dominio Público”, en relación al derecho de aguas, señalando que no corresponde una precarización de los derechos de aprovechamiento de aguas, sino una comprensión a la luz de la función social que tiene la propiedad, en especial atendido el régimen de dominio público de dicho bien escaso.

El comentarista don Rodrigo Correa señala que en relación a la forma de consagrar los Derechos Fundamentales a nivel constitucional, el ideal está en una regulación lo más escuálida posible, bajo una forma semirrígida que permita una revisión permanente de su contenido.



SEXTA SESIÓN: 01 DE SEPTIEMBRE DE 2015

TEMA: LA DIGNIDAD HUMANA COMO VALOR CONSTITUCIONAL.

Expositor: Ricardo Chueca (Universidad de la Rioja), Ascensión Elvira (Universidad Carlos III de Madrid), Gonzalo García, Enrique Navarro B., José Ignacio Núñez, Francisco Zúñiga.

Los expositores abordaron en extenso el tema de la dignidad de la persona como valor esencial del orden constitucional y las dificultades en su aplicación por parte de la jurisprudencia. Se trató los distintos conceptos que se ha dado a la dignidad de la persona así como su estrecha relación con los derechos fundamentales, con especial énfasis en su relación con el principio general de igualdad y los distintos valores fundamentales tutelados por la Constitución. Asimismo, se trató la concreción de la dignidad humana en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de distintos modelos de justicia comparada, así como el concepto y contenido que le ha otorgado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en cuya instancia se ha entendido que la dignidad humana es el sustrato al que se reconducirán todos los derechos esenciales de la persona. En el caso chileno, se expuso que nuestros tribunales han vinculado el concepto de dignidad humana a los derechos tutelados por el ordenamiento constitucional en cuanto a la defensa judicial de estos derechos por medio de la acción de protección.

SÉPTIMA SESIÓN: 3 DE SEPTIEMBRE DE 2015

TEMA: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LIBERTAD DE ENSEÑANZA

Expositor: Carlos Peña G.

Comentarios: Ernesto Águila Z., Flavio Quezada R.

El profesor Peña reconstruye el concepto de libertad de enseñanza a través de la historia constitucional chilena y su aparente dicotomía con respecto al Derecho a la Educación como fin preponderante del Estado. Describe su estructura como similar a la de los derechos subjetivos o del Derecho de Propiedad. El autor concibe a la educación como una experiencia de diálogo comunitario y de inserción del individuo en experiencias sociales básicas para la vida en sociedad. A partir de ello, se cuestiona cómo se vincula lo anterior con la libertad de enseñanza. Asimismo, critica el apego irrestricto a la libertad de enseñanza en perjuicio de una interpretación más armónica de ésta en relación al derecho a la educación como mandatos de optimización.

Finalmente, establece que el debate en torno al Derecho a la Educación conlleva cuestiones más profundas en torno a la organización que nos debemos otorgar como sociedad y cómo entenderemos los derechos sociales en una Nueva Constitución. De lo anterior concluye que el rol que asignaremos a este derecho fundamental debe responder precisamente al concepto de sociedad en que queremos desarrollar la vida. De esta forma la respuesta a dicha pregunta requiere de una decisión política de base que otorgue dicha definición.

OCTAVA SESIÓN: 7 DE SEPTIEMBRE DE 2015

TEMA: PODER CONSTITUYENTE. REGULACIÓN Y LÍMITES.

Expositores: Roberto Gargarella (U. de Buenos Aires y U. Torcuato de Tella), Marcelo Alegre (U. de Buenos Aires), Pablo Ruiz-Tagle, Fernando Atria

Comentarios: Davor Harasic.

La Mesa Redonda tiene como eje esencial la discusión respecto de los límites al poder constituyente, en la coyuntura constitucional del país, considerando además la experiencia en derecho comparado de Argentina y otros países del mundo, ¿Qué tan plausible es pensar una Nueva Constitución si se parte de la base de que la Constitución actual es ilegítima en esencia? ¿Qué límites se deben imponer al proceso deliberativo tendiente a una nueva Constitución? ¿Qué legitimidad tendrían los órganos de control del Proceso Constituyente? Estas cuestiones son desarrolladas latamente por los profesores Ruiz-Tagle, Atria, Alegre y Gargarella quienes manifiestan opiniones divergentes al respecto

NOVENA SESIÓN: 10 DE SEPTIEMBRE DE 2015

TEMA: DERECHO DE PROPIEDAD.

Expositor: Enrique Barros B.

Comentarios: Arturo Fermandois V., Matías Guiloff T.

El profesor Enrique Barros describe la evolución histórica del concepto de propiedad desde la Antigüedad hasta la modernidad, constatando que si bien se han dado reflexiones en torno al origen de la propiedad, han sido pocos los filósofos que se han dedicado a su justificación. Caracteriza la función y justificación de la propiedad más bien como una entidad de índole práctica y como institución política más que como un derecho inherente a la condición humana. Por otra parte, señala que la propiedad, en cuanto relación con el derecho positivo, siempre se encontrará mejor en una dimensión negativa más que positiva, a través de la regulación y la tributación para con el Estado. El problema constitucional radicaría, en definitiva, en delimitar el problema social de atribución de cargas de la propiedad y el ámbito discrecional de la política legitimada democráticamente en relación con ésta. Finalmente, realiza una crítica a los criterios esencialistas para dicha delimitación y apela al rol del juez constitucional para constituirlos.



DÉCIMA SESIÓN: 24 DE SEPTIEMBRE DE 2015

TEMA: DERECHOS DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS.

Expositor: Salvador Millaleo H.

Comentarios: José Zalaquett D., Cristian Román C.

El profesor Millaleo expone una serie de tesis en torno a los derechos de los pueblos originarios, como la concepción o qué entendemos por Constitución desde una perspectiva de los pueblos indígenas, y las implicancias que dicha concepción tendría en un eventual reconocimiento a nivel constitucional. Por otro lado, describe la génesis de la concepción de Estado en Chile que respondería a premisas ajenas a la realidad. Agrega que una concepción constitucional que no reconozca la pluralidad de naciones podría estar involucrada en la eliminación en el largo plazo de estas mismas. Finalmente, reflexiona en que cualquier paso positivo en torno a la institucionalización y reconocimiento de la voluntad de los pueblos indígenas en Chile debe ir de la mano con la paz, en sentido amplio. El profesor José Zalaquett coincide en la necesidad de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas como nación, pero haciendo la salvedad que la Constitución debe ser una sola.

DÉCIMA PRIMERA SESIÓN: 1º DE OCTUBRE DE 2015

TEMA: GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS SOCIALES.

Expositor: Javier Couso S.

Comentarios: Ernesto Águila Z., Flavio Quezada R.

El expositor señala que en la actualidad la protección de los derechos económicos y sociales por la vía jurisdiccional es una tendencia arraigada en el ámbito internacional. La inexistencia de una garantía efectiva de protección a los DESC tuvo como consecuencia práctica la protección de los derechos sociales en busca de una justicia social ajena al texto positivo por medio de la “propietarización de los derechos”, lo que son medidas insuficientes. Sin perjuicio de los notables avances en jurisprudencia, si la voluntad es dar una efectiva garantía a los derechos sociales, el camino es la consagración positiva. En ese sentido, la eficacia de los derechos sociales dejaría de estar sujeta a la discusión presupuestaria o a la decisión para el caso particular de un juez que resuelve un caso particular, con efectos concretos e individuales..

DÉCIMO SEGUNDA SESIÓN: 8 DE OCTUBRE DE 2015

TEMA: FORMA DE ESTADO: HACIA UNA EFECTIVA DESCENTRALIZACIÓN.

Expositor: Enrique Barros B.

Comentarios: Ana María García B., José Ignacio Vásquez M.

Señala el expositor que Chile es un país que, en comparación a sus pares latinoamericanos, se encuentra totalmente atrasado en cuanto al desarrollo de la descentralización efectiva y real. Un problema ha consistido en la figura del Intendente, en cuánto a respondido a la confianza del Presidente de la República que lo nombró y no a la ciudadanía, lo que es preocupante, pues es él quien controla el aspecto ejecutivo de la región. Igualmente, considera que no corresponde que en los cambios que se planean hacer, se cree el cargo de Gobernador Regional, dado los conflictos de competencia que pueden surgir entre él y el Intendente. Nogueira resalta que es importante que se reconozca la iniciativa para proponer acuerdos o reglamentos regionales por parte del Intendente y el Consejo Regional, pues esto jugaría un rol fundamental en la descentralización.

Otro punto relevante es la creación de la región plurinacional y multicultural de la Araucanía, incorporando a dicha región los sistemas especiales del artículo 126 bis de la Constitución Política de la República. Para finalizar, el profesor Nogueira hace hincapié en que el Gobierno Interior del Estado sería a nivel provincial.

La profesora García coincide en cuánto a que la forma del Estado de Chile es y seguirá siendo un Estado unitario, pero la descentralización es condición esencial para alcanzar un desarrollo completo, justo y equitativo. Los avances constitucionales y legales han sido precarios e insuficientes, siendo el de mayor impacto la reforma de 2009 que dispuso la elección de los consejeros por sufragio universal en votación directa, lo que afianzó su legitimidad y el mayor compromiso de la ciudadanía en asuntos regionales. Se detecta una carencia de voluntad política para descentralizar efectivamente.

DÉCIMO TERCERA SESIÓN: 15 DE OCTUBRE DE 2015

TEMA: ROL DEL ESTADO ¿ESTADO SUBSIDIARIO?

Expositor: Salvador Mohor A.

Comentarios: William García M., Alvaro Tejos C.

El expositor da cuenta del origen del principio de subsidiariedad del Estado y sus principales características. Si bien no está consagrado expresamente en la Constitución, su presencia es innegable a la luz de lo en ella dispuesto y a la historia fidedigna de la Constitución. La principal función del principio es armonizar los requerimientos del poder y la libertad y autonomía de los particulares. Con todo, se la ha criticado en cuánto llevaría al Estado a actuar en función de los intereses privados, dejando



de cumplir su función social de bien común. Considera que esta crítica no nace de la naturaleza del principio de subsidiariedad, sino que es responsabilidad de los operadores jurídicos y políticos que son llamados a su aplicación. Es prudente que se mantenga la vigencia del principio, pues es la única forma de lograr un justo medio entre el poder y la libertad.

El profesor Tejos considera que cuando se habla de subsidiariedad se hace referencia a un principio del régimen político que se instala dentro de un ámbito normativo. Las raíces de este principio las encontramos en la doctrina católica y el pensamiento filosófico cristiano, en donde la idea es salvaguardar el principio de la libertad y autonomía de las personas. El comentarista continuó con un análisis a las sentencias del Tribunal constitucional y concluye aclarando la subsidiariedad no significa permitir los abusos que podrían derivar de la libertad; significa que el Estado en subsidio deberá ayudar, colaborar, pero no a través de la intervención, sino por medio de la prestación de auxilios.

DÉCIMO CUARTA SESIÓN: 22 DE OCTUBRE DE 2015

TEMA: PARTIDOS POLÍTICOS Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA.

Expositor: Patricio Zapata L.

Comentarios: Fernando Atria L., Víctor Manuel Avilés H.

En su exposición, el profesor Patricio Zapata reflexiona sobre los cambios que podríamos o debiéramos hacer en la Constitución, en lo que respecta a partidos políticos y participación ciudadana. Indica que entre las cuestiones que se deberían revisar, propone volver a discutir como comunidad el carácter de deber del sufragio. Al respecto, le parece importante dar a los partidos políticos un reconocimiento constitucional en positivo. Por su parte, sobre el tema de participación ciudadana, advierte que la democracia directa es una buena herramienta y que entre los mecanismos que a su juicio conversan mejor con las instituciones de la democracia representativa, fortalecedoras del Parlamento y de los partidos políticos es el referéndum revocatorio de leyes, tal como se usa en Italia y en Uruguay.

Sobre cómo debiéramos elegir al sucesor cuando se produce la vacancia de un cargo parlamentario es partidario de la elección complementaria.

Asimismo, sugiere un sistema de listas de partido a fin de potenciar los partidos políticos, fortalecer su disciplina y propender a que los ciudadanos votemos por ideas y no por personalidades.

El profesor Atria advierte particularmente la crisis actual de la representación política a nivel local e internacional y la relación entre esta crisis y los partidos políticos.

El profesor Avilés destaca el papel de los partidos políticos y la necesidad de rescatarlos por ser una herramienta indispensable en las democracias, así como es necesaria la revalorización del Congreso.



DÉCIMO QUINTA SESIÓN: 29 DE OCTUBRE DE 2015

TEMA: FORMA DE GOBIERNO PRESIDENCIAL.

Expositor: Carlos Huneeus M.

Comentarios: Lucas Sierra I., Francisco Soto B.

El profesor Huneeus aborda un importante desafío que enfrenta el proceso constituyente es la crisis de la representación, una bajísima confianza en la institucionalidad y en los partidos políticos. Analizando el sistema presidencial chileno llega a tres conclusiones. La primera es que actualmente el poder presidencial, a su juicio, está fuertemente disminuido en comparación a otros poderes estatales; la breve duración presidencial y la alta alternancia gubernamental derivan en un sistema político poco consistente. En segundo lugar, estima que el semi-presidencialismo como alternativa requiere de un cuidadoso diseño, que debe considerar las variables a nivel comparado. En tercer lugar, considera que el sistema de partidos en Chile es francamente débil, lo que repercute negativamente en el desarrollo de la democracia. Estas temáticas deben ser abordadas por la nueva Constitución.

DÉCIMO SEXTA SESIÓN: 04 NOVIEMBRE DE 2015

TEMA: RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE UNA VIEJA CONSTITUCIÓN A UNA NUEVA CONSTITUCIÓN.

Expositor: Augusto Quintana B.

Comentarios: Ramón Huidobro S., Fernando Muñoz L.

El profesor Quintana comienza su exposición destacando la importancia de analizar las consecuencias de adoptar una nueva Carta Fundamental, en relación a las normas jurídicas ya existentes, sobre todo con lo que a normas reguladoras del patrimonio se refiere. Si se estudian las distintas épocas que ha vivido nuestro país, nos encontramos con que la procedencia de indemnización por afectación a ciertos derechos patrimoniales derivados de una reforma constitucional, es uno de los criterios más aceptados por los diferentes sectores políticos del país.

Dado que existe la probabilidad de que las nuevas normas constitucionales que pueden surgir sean incompatibles con derechos patrimoniales vigentes, resulta menester discutir en qué casos correspondería indemnizar, esto para generar estabilidad y seguridad a la ciudadanía, buscando la armonía en la transición de una vieja a una eventual nueva Constitución Política de la República.



DÉCIMO SÉPTIMA SESIÓN: 10 DE NOVIEMBRE DE 2015

CEREMONIA DE CLAUSURA DEL CICLO DE DISCUSIONES

Expositores:

Intervención del Rector de la Universidad de Chile, don Ennio Vivaldi Vejar.

Discurso de Clausura de S.E. ex Presidente de la República, don Ricardo Lagos Escobar.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Una gran conversación por

CHILE

Proceso constituyente y
nueva constitución política



CAPÍTULO I / SESIÓN INAUGURAL

INAUGURACIÓN DEL CICLO DE
DISCUSIONES PROCESO CONSTITUYENTE Y
NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA



INAUGURACIÓN DEL CICLO DE DISCUSIONES PROCESO CONSTITUYENTE Y NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA



•LOCUTOR SERGIO CAMPOS: Señoras y señores, muy buenas tardes.

La Universidad de Chile y su Facultad de Derecho les dan a todas y todos los presentes la más cordial bienvenida a la inauguración del Ciclo de Discusiones “Proceso Constituyente y Nueva Constitución Política”, que abrirá el diálogo académico y la deliberación pública en torno a una de las más importantes discusiones de nuestro tiempo y que nuestra Universidad de Chile ha tomado como propia en virtud de su vocación de servicio público. Es por eso que agradecemos su presencia en esta actividad que invita a una gran conversación y reflexión por Chile.

Preside esta ceremonia el Doctor Ennio Vivaldi, Rector de la Universidad de Chile. Le acompañan en la mesa de honor el señor Marcelo Díaz, Ministro Secretario General de Gobierno, y el profesor Davor Harasic, Decano de la Facultad de Derecho de nuestra Universidad.

También agradecemos la presencia del ex Presidente de la República, señor Ricardo Lagos; del Fiscal Nacional, señor Sabas Chahuán; del Defensor Nacional, señor Andrés Mahnke; del Presidente del Tribunal Constitucional, señor Carlos Carmona; de Ministros y Ministras del Tribunal Constitucional; de Senadores y Diputados; de Vicerrectores, integrantes del Consejo y Senado Universitario, y de Rectores de distintas universidades del país.

Saludamos también a las autoridades académicas que nos acompañan, así como a los miembros de nuestra comunidad universitaria e invitados especiales, en particular a los profesores del Departamento de Derecho Público, a quienes ha correspondido la organización de este encuentro, y por supuesto a todos los estudiantes que forman parte de la Casa de Bello.

“Proceso Constituyente y Nueva Constitución Política” es el ciclo que inauguramos en esta jornada y que involucra el esfuerzo no sólo de sus organizadores, sino también de los más de 47 académicos que darán vida a las mesas de discusión que se extenderán hasta noviembre.

Este ciclo constará de cuatro partes y abordará preguntas de diversa índole relativas al desafío social al que nos enfrentamos. ¿Necesitamos una nueva Constitución? ¿A través de qué mecanismo? ¿Cuáles deberían ser sus contenidos? ¿De qué forma vamos a consagrar y garantizar los derechos fundamentales? ¿Qué debiera decir una nueva Constitución acerca de la educación? y ¿Debemos repensar el régimen de propiedad privada?, son sólo algunas de las interrogantes en las que nos adentraremos en los próximos meses.

Luego de concluido el ciclo y como contribución al proceso deliberativo en el que nos encontramos como país, la Universidad de Chile hará entrega a la Presidenta de la República, señora Michelle Bachelet, de un documento que contendrá las ideas expuestas y debatidas en las distintas sesiones de discusión. Será ésta también una forma de hacernos cargo del rol protagónico que debe ejercer nuestra Universidad, como sede de reflexión académica comprometida con el devenir de nuestra comunidad política.



A continuación, para dar inicio a esta ceremonia, los invito a ponerse de pie para entonar nuestro Himno Nacional, acompañados por el Coro Lex de la Facultad de Derecho de nuestra Universidad.

...HIMNO NACIONAL

...Aplausos

LOCUTOR SERGIO CAMPOS: Agradecemos al Coro Lex por su interpretación. Dejo ahora con ustedes al profesor Davor Harasic, Decano de la Facultad de Derecho.

DECANO DAVOR HARASIC Y: Señor Rector de la Universidad de Chile, señor Ministro Secretario General de Gobierno, señor Presidente Lagos, señor Presidente del Tribunal Constitucional, señora Vicerrectora de Asuntos Académicos, señora Vicerrectora de Extensión y Comunicaciones, señores Senadores y Diputados, señor Defensor Nacional, señor Presidente del Consejo de Defensa del Estado, integrantes del Consejo y del Senado Universitario, autoridades universitarias, autoridades del Poder Judicial, Presidente del Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho, invitados especiales, amigas y amigos:

Ante todo, mis felicitaciones y agradecimientos al Departamento de Derecho Público de nuestra facultad, por su capacidad y eficiencia para la organización de este evento.

El Informe de Desarrollo Humano del Programa de las Naciones Unidas para Chile es claro: los chilenos no estamos conformes con la Constitución actual y exigimos cambios. Más del 75% demanda cambios profundos en los ámbitos de la salud, la educación y las pensiones; el 66% demanda cambios en la Constitución Política y el 61% señala que hay que actuar rápido porque los cambios no pueden esperar. Podría citar muchas otras encuestas, pero he querido remitirme sólo a ésta.

Pensamos que ha llegado la hora de que nos hagamos cargo de estas demandas y avancemos en este proceso que plantea numerosos desafíos, pero que también promete grandes recompensas y entre ellas, la mayor de todas, el desarrollo económico de Chile y la paz social.

Tenemos la oportunidad excepcional de reconstruir la convivencia democrática de nuestro país desde la vía institucional, evitando así el proceso de descomposición institucional –a veces violento– vivido en otras sociedades o bien el surgimiento de caudillismos que en definitiva deterioran el tejido social del cual depende la posibilidad del autogobierno.

Tal como diagnostica el Informe de Desarrollo Humano antes mencionado, los chilenos estamos en una especie de laberinto, pues exigimos cambios pero desconfiamos que los cambios sean realísticamente factibles y estén a la altura de nuestras demandas, pese a creer que éstas son absolutamente plausibles. Esto es extremadamente grave, ya que refleja desconfianza hacia nuestras instituciones, lo que las deslegitima generando, con mucho fundamento, una pérdida de interés en participar en la vida política. Entonces, caben las preguntas: ¿Cómo haremos para canalizar estas demandas? y ¿Cómo lograremos legitimar nuestras instituciones y volver a dar forma a un proyecto de nación que esté a la altura de las exigencias de su pueblo?



Ante esta realidad, la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile no ha podido mantenerse indiferente. Sentimos la urgencia y el deber de propiciar una instancia de deliberación en torno a los principales desafíos que nos genera este proceso constituyente. Queremos participar en sus trabajos mediante un debate libre e informado, colaborativo y participativo y, por sobre todo, un debate representativo de los más diversos puntos de vista que hoy en día identifican a nuestros conciudadanos. Por algo la pluralidad es nuestro sello.

¿Y qué lugar más apropiado que el Palacio de la Universidad de Chile, que es como se conocía a este recinto histórico, para discutir acerca del futuro constitucional de Chile? Por este palacio han pasado veinte Presidentes de la República, dos Premios Nobel, ciento setenta y dos Premios Nacionales; en él se han celebrado numerosas efemérides vinculadas con la ciencia y el arte; aquí se han velado los restos de nuestra Premio Nobel Gabriela Mistral. Por todo eso, este es el lugar preciso para iniciar el debate por una nueva Constitución. Un debate impregnado de un espíritu académico que conlleve respeto por las ideas contrarias, diálogo y libertad de espíritu. A propósito, José Miguel Infante nos expresaba:

“¡Qué gloria para este pueblo decidir ahora por la ley de la razón, lo que, sin este medio prudente, se decidiría por la fuerza!”

Tal como lo ordenan sus estatutos, la Universidad de Chile “se obliga al más completo conocimiento de la realidad nacional y a su desarrollo por medio de la investigación y la creación; postula el desarrollo integral, equilibrado y sostenible del país, aportando a la solución de sus problemas desde la perspectiva universitaria, y propende al bien común y a la formación de una ciudadanía inspirada en valores democráticos, procurando el resguardo y enriquecimiento del acervo cultural nacional y universal”.

Este ciclo de discusiones no sólo cumple esta obligación de involucrarnos con las problemáticas nacionales, sino también –precisamente por tratarse de una universidad pública– permite una discusión representativa, imparcial y libre de presiones ideológicas, lo que honra la memoria de nuestro primer Rector, don Andrés Bello, quien señalaba:

“La universidad, señores, no sería digna de ocupar un lugar en nuestras instituciones sociales si –como murmuran algunos ecos oscuros de declamaciones antiguas– el cultivo de las ciencias y de las letras pudiese mirarse como peligroso bajo un punto de vista moral, o bajo un punto de vista político”.

En esta línea tradicional, pero siempre actual, la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile asume el compromiso de promover el debate abierto, sin temor a las discrepancias inevitables. Estamos convencidos de que el enfrentamiento de posiciones en forma libre, respetuosa e inclusiva representa la única manera de lograr consensos democráticos; nada negativo puede salir de ello. Por lo tanto, nada tenemos que temer. Todo lo contrario, sólo tenemos que ganar.

La concurrencia de todos ustedes a este ciclo de discusiones nos anima a pensar que no somos los únicos comprometidos con el intercambio intelectual y el diálogo participativo. También confirma la relevancia que tiene la discusión sobre este proceso constituyente, desde un punto de vista sociológico y político.

Tanto las encuestas como el descontento que se percibe en la sociedad, nos revelan que un cambio en nuestra Constitución es aparentemente esencial e inminente si queremos recobrar el prestigio de nuestras instituciones.



Por cierto, hay quienes afirman que cambiar nuestra Constitución carece de un impacto real... ya lo discutiremos; desde mi punto de vista, los que así piensan olvidan que la Constitución establece el marco en el cual se discuten y aprueban las leyes, organiza y distribuye el poder político y consagra los derechos fundamentales que todas las personas reconocen recíprocamente.

Adicionalmente, ella fija procedimientos de formación de nuestra voluntad política. Y los abogados somos especialmente conscientes de que los procedimientos no son meras formas, sino que descansan en ideas sobre quiénes somos nosotros mismos. Es decir, la Constitución define nuestra identidad ciudadana y la forma política para desarrollarla. Sin una Constitución legítima, que nos represente genuinamente a los chilenos, no hay compromiso ciudadano real con las normas subordinadas. Porque la Constitución es el espíritu democrático de la nación y, como tal, tenemos que velar para que no se corrompa ni se falsifique.

Quisiera destacar la importancia de este momento histórico. Se nos ha dado la oportunidad para replantearnos cuál y cómo debe ser la base normativa de nuestro país, para definir las instituciones que queremos tener y la libertad que necesitamos para regularlas.

Este privilegio lo han tenido sólo tres generaciones en la historia republicana de Chile, si no contamos los reglamentos constitucionales y las constituciones provisorias. Pero quisiera pensar que esta es la primera vez que se dan las condiciones y la voluntad política necesarias, para que todos los chilenos participemos en la creación de nuestra Constitución.

Yo no podría pretender, sin traicionar el rol que en mis funciones me corresponde, adoctrinarlos ideológicamente en estas materias. Pero sí puedo instarlos a que, ante la necesidad de los cambios, dejemos de lado la aversión al riesgo. Y creo que honramos a Chile cuando cuestionamos nuestras bases normativas del pasado, para pensar cómo construir las nuevas sobre la base de la historia que nos une y a la luz de los requerimientos actuales.

Ya no podemos desconocer –como señalé al principio– que la mayoría de los chilenos clama por participar en las decisiones que los afectan, pero han perdido los incentivos porque no confían que las instituciones se lo permitan.

En esta línea, este ciclo de discusiones que hoy nos convoca nos otorga la oportunidad de preguntarnos por el país que queremos formar. ¿Vamos a continuar con esta desconfianza? ¿Cómo legitimaremos nuestras instituciones? ¿Cómo recogeremos los cambios que tanto exige el pueblo chileno y que, seamos francos, nuestra actual Constitución –a juicio de muchos– no puede darnos? Me parece que la respuesta es evidente y han sido mayoritariamente los mismos chilenos los que ya la han dado: una nueva Constitución.

Como pudimos advertir en el programa, el ciclo de discusiones comienza desde lo más elemental y no de una posición determinada, para que la discusión sea lo más objetiva y abierta posible y abarque el mayor número de posiciones, a pesar de los juicios o prejuicios que cargamos.

En esta línea, la primera parte de este ciclo nos permitirá reflexionar en torno a la necesidad de una nueva Constitución, y la segunda, sobre la forma para redactarla y el contenido de la misma.

Es evidente que hay quienes no creen en la necesidad de una nueva Constitución, fundándose en que la actual ha resultado eficaz, como lo demuestran las reformas que se han podido hacer estos últimos años.

Por otro lado, hay quienes postulan la necesidad imperiosa de la tabula rasa: comenzar con un papel en blanco y formar una nueva Constitución que se construya con la voluntad de todos y así realizar las reformas que exige la sociedad actual. Sin duda, es necesario encontrar la ecuación académica entre estas dos posiciones. Si somos académicos, de este enfrentamiento sólo cabría esperar lo mejor.

La segunda parte de este ciclo no es menos importante, pues nos permitirá discutir el cómo hacer para que una nueva Constitución sea efectivamente democrática. Y como ya he dicho, los abogados sabemos que en la forma se encuentra la sustancia y en los procedimientos el modo en que nos entendemos como comunidad democrática. Es evidente que si criticamos la legitimidad de la actual Constitución, tenemos que dotar a la nueva de una legitimidad idealmente incuestionable, ¿pero cuál es la manera de hacer esto?

Algunos han señalado que la excesiva preocupación por la forma nos ha llevado a descuidar el fondo, aunque en realidad es al contrario, ya que es precisamente por ese contenido material por el cual relevamos la importancia de la forma en que se lleva a cabo este proceso constituyente, pues la discusión por la forma no es otra que quién determinará el fondo. Es que, en rigor, no hay una dicotomía esencial en la materia, ya que la discusión por las formas definirá quiénes determinarán los contenidos. En otras palabras, forma y contenido son filosóficamente distintos momentos de un continuo. De este modo, si no logramos que el proceso constituyente sea participativo y democrático, el contenido de la nueva Constitución será ilegítimo y muy poco representativo.

Es por esto, que personalmente y respetando las ideas contrarias y no comprometiendo con esto la posición de la Facultad, porque en la Universidad de Chile, respecto de las materias en discrepancia no existe una posición de la Facultad, estimo que la forma de lograr una efectiva participación de todas y todos es a través de una Asamblea Constituyente, en donde todas y todos tengamos voz.

...Aplausos

Y me atrevo a afirmarlo y ponerlo en evidencia porque estamos en la academia, donde para debatir debemos partir sincerando posiciones y eso es lo que estoy haciendo en este minuto respecto de mi posición.

No obstante, entro a este ciclo dispuesto a confrontar apologeticamente si ese es el procedimiento que corresponde de modo más pleno al contenido que queremos que tenga nuestra nueva Constitución, es decir, uno que pueda ser asumido como propio, como nuestro. Acá discutiremos qué es una Asamblea Constituyente y cómo se conforma. Me parece claro que no podemos permitir que nuevamente un grupo, a puertas cerradas, fije nuestros derechos básicos.

Afirmo, para esperar confrontaciones en la discusión, que un proceso abierto, transparente y participativo es el único que abre paso a la democracia a la cual aspiramos los chilenos. Es, en realidad, el único que está a la altura de la manera en que nos entendemos nosotros mismos.

En este sentido, y sin restar importancia al rol de los expertos, no me parece que una Constitución hecha por especialistas sea mejor que una Constitución hecha por todos.

Si bien es fundamental que la academia se involucre en estos procesos, no debe hacerlo con talante paternalista, y es a



esto a lo que apunta este encuentro. Aquí, sin ánimo de monopolizar el debate, intentaremos proporcionar las mejores herramientas técnicas adecuadas para plasmar, de la mejor manera que se pueda, los anhelos del pueblo.

Entendemos que con la demanda de cambios, lo que busca el clamor popular no es otra cosa que la consecución de sus sueños. Por ello, la tercera y cuarta parte de este seminario se abocará a discutir los contenidos de una eventual nueva Constitución, tanto desde el punto de vista del reconocimiento de los derechos fundamentales que nos identifican, como de la forma institucional en que dicha identidad se reconoce.

De esta manera, expertos debatirán acerca de las cuestiones fundamentales que deben tenerse en cuenta a la hora de fijar el contenido de una nueva Constitución: la probidad, la dignidad humana, el derecho a la educación y libertad de enseñanza, el derecho de propiedad, el derecho de los pueblos originarios, entre otros.

En relación a lo dicho, pareciera que nuestra actual Constitución, con el ánimo de abarcar demasiados derechos, ha hecho un catálogo tan extenso que impide que esos derechos sean efectivamente ejercidos.

En el proceso de crear una nueva Constitución es imprescindible la discusión sobre los derechos fundamentales, no con miras a hacer un nuevo catálogo sustituto, sino con el objetivo de determinar la forma en que será garantizado el ejercicio de los mismos, para que el derecho a la igualdad, por ejemplo, pueda hacerse efectivo para todos los chilenos, reconociendo que nuestro país es multicultural y que se compone, entre otros, de hombres, mujeres, inmigrantes y originarios.

Además, es necesario que la nueva Constitución asiente los derechos fundamentales indispensables para generar instituciones acordes con la realidad nacional. Aparece como prioritario combinar el necesario desarrollo del país y la tranquilidad que éste demanda con la voluntad de su pueblo. No es antinómico el proceso constituyente con el desarrollo económico, ya que un proceso constituyente bien llevado puede fomentar precisamente el desarrollo económico del país. Los cambios indispensables no pueden afectar el desarrollo. Muy por el contrario.

Tenemos un largo camino por recorrer y un enorme desafío que debemos enfrentar con la altura de miras que nos exige la relevancia del tema. Confío en que este ciclo de discusiones que hoy nos convoca nos encamine a cumplir nuestro objetivo.

Hoy los invito a que dejemos de ser espectadores de nuestra historia y seamos protagonistas de la misma. Los invito a dar un paso más en este camino hacia una nueva Constitución.

Se nos ha otorgado la oportunidad excepcional de redefinirnos y la mejor manera de hacerlo es mediante nuestra participación.

Dejemos nuestros resquemores y confiemos en la sociedad chilena, porque es ella la que debe discutir, debatir y determinar los principios que la regirán. Busquemos la mejor forma para promulgar una Constitución representativa y democrática, que permita crear instituciones acordes con la voluntad social. Una que establezca derechos fundamentales que puedan ser efectivamente garantizados por el Estado y que reconozca la libertad que merecemos.

Ya lo dijo el Fraile de la Buena Muerte:

“Sólo es feliz el hombre libre, y sólo es libre bajo una Constitución... y unas leyes sabias y equitativas”

Muchas gracias.

...Aplausos

LOCUTOR SERGIO CAMPOS: Muchas gracias, Decano.

Continuando con esta ceremonia, ofrezco la palabra al señor Marcelo Díaz, Ministro Secretario General de Gobierno.

MINISTRO MARCELO DÍAZ D.: Muy buenas tardes.

Quisiera saludar, en primer lugar, al Doctor Ennio Vivaldi, Rector de la Universidad de Chile; al profesor Davor Harasic, Decano de la Facultad de Derecho; al Excelentísimo señor Ricardo Lagos, ex Presidente de la República; a don Carlos Carmona, Presidente del Tribunal Constitucional; a don Sabas Chahuán, Fiscal Nacional; a la profesora Rosa Devés, Vicerrectora de Asuntos Académicos; a la profesora Faride Zerán, Vicerrectora de Extensión y Comunicaciones; a los Senadores y Diputados que nos acompañan; al señor Andrés Mahnke, Defensor Nacional; a los Rectores de universidades; a los señores integrantes del Consejo y Senado Universitario; a autoridades universitarias; a las autoridades del Poder Judicial; a los invitados especiales; amigas y amigos.

Primero que todo, quiero agradecer la invitación que nos formulara la Facultad de Derecho y la Universidad de Chile para acompañarlos en este debate que consideramos de primera importancia, y sobre todo reconocer –como decía el ex Presidente Lagos hace unos minutos, antes de entrar a este salón– haber sido convocados a este lugar, que es la historia de Chile misma.

Agradecer en especial a la Facultad de Derecho a través del Decano, profesor Davor Harasic, la invitación a la Presidenta Michelle Bachelet para hacerse parte de esta inauguración. Estoy aquí en su representación.

La invitación que se nos formula es a inaugurar un ciclo de discusiones en la Facultad de Derecho de la Universidad más importante del país, que reunirá –durante los próximos tres meses– a especialistas en Derecho Constitucional de las más diversas orientaciones ideológicas, en momentos en que el país inicia formalmente un proceso constituyente convocado por el Gobierno.

Luego de años de insistencia, este ciclo de discusiones es un reconocimiento, desde diversos sectores políticos, académicos y sociales, respecto a la necesidad de contar con una nueva Constitución. Por eso, finalmente nos encontramos inaugurando un proceso dirigido a ello.

Si bien no es habitual que países que se encuentran en una situación de estabilidad política como el nuestro, se planteen introducir una nueva Carta Fundamental, ello tampoco es inédito. Francia en 1958 y Suecia en 1974 se embarcaron en procesos de cambio de su orden constitucional ante la evidencia de que las cartas anteriores no estaban a la altura de los desafíos de la época.

Más cerca de casa, en nuestra región latinoamericana destaca el caso de la experiencia constituyente de Colombia (1990-1991), que fue capaz de discutir y aprobar una nueva Carta Fundamental en un proceso ejemplar de participación y deliberación democrática, el cual le otorgó a dicho país la que para muchos es considerada la más sofisticada Constitución de nuestra región.



En lo que sigue me voy a referir a la necesidad de contar con una nueva Constitución, así como a los lineamientos generales que un proceso de tanta importancia necesariamente conlleva.

En el caso de Chile, contar con una nueva Constitución se presenta como un imperativo urgente, tanto por el hecho de que la Constitución de 1980 fue impuesta al país por una dictadura, como porque –aun después de las numerosas reformas que le fueron introducidas en los últimos veintiséis años– la carta vigente sigue siendo hostil para el pleno ejercicio del principio democrático. En consecuencia, sobre la actual Constitución pesa un vicio original.

Así lo señalaba el ex Presidente Eduardo Frei Montalva en agosto de 1980, en ese famoso discurso en el Teatro Caupolicán, al afirmar que esta Constitución fue construida sobre la base del miedo al pueblo. El mensaje del Presidente Frei Montalva adquiere un sentido muy profundo en el debate que encaramos actualmente. Por eso, en lugar de alimentar un clima de temor e incertidumbre, debemos cultivar un ánimo constructivo y de confianza frente al ejercicio de participación ciudadana en materias que nos importan a todos.

Pero más a fondo, detrás de aquel temor se esconde un prejuicio: que los chilenos carecen de la mayoría de edad política para deliberar sobre el país en el que quieren vivir y sobre los principios básicos que deben regir nuestra convivencia. De esta forma se manifiesta el mentado “peso de la noche”, que pone a quien detenta la soberanía en un lugar subordinado.

Por el contrario, quienes estamos convencidos de la necesidad de una nueva Constitución, sostenemos que el pueblo chileno es un pueblo maduro y que ahora somos nosotros, los titulares de las instituciones políticas, los que debemos ser capaces de responder al cambio social y cultural experimentado por Chile en el último tiempo.

En nuestro concepto, el proceso constituyente que se avecina debe enfrentarse no como un riesgo, sino como una oportunidad que marque el inicio de un nuevo ciclo político orientado a restablecer la confianza entre la ciudadanía y las instituciones de la República.

Los escépticos plantean que, a lo sumo, Chile necesita una mera reforma de su Carta Fundamental y no una nueva Constitución. Indican, además, que gracias a la Constitución de 1980 el país ha tenido una transición ejemplar. Al contrario de esta posición, sostengo que si bien es cierto que gradualmente los chilenos hemos podido avanzar en un proceso crecientemente democratizador (desde el plebiscito del 5 de octubre de 1988), ello ha sido posible a pesar de la Constitución de 1980 y no gracias a ella.

Entre otros enclaves autoritarios, tuvimos que confrontar la anomalía de tener Senadores no elegidos democráticamente y la imposibilidad de que el Presidente de la República pudiera llamar a retiro a los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas. Estas singularidades claramente anti-democráticas no se pudieron eliminar durante quince años, porque quienes tenían la “llave” del cambio constitucional –los partidos de oposición de la época– se negaron a prestar su apoyo para terminar con tales anomalías constitucionales.

En el 2005, la fuerza de los principios democráticos, y probablemente un cierto cálculo sobre su utilidad futura, hizo incontenible la demanda por terminar con el baldón de un Senado sólo parcialmente elegido por la ciudadanía y con la falta de control civil de las Fuerzas Armadas, principios centrales de todo Estado democrático de derecho.

No obstante el enorme avance que representaron las reformas recién mencionadas, así como otras introducidas en estos



veintiséis años de democracia, la Constitución de 1980 continuó siendo objeto de serios cuestionamientos. Persistieron en ella instituciones incompatibles con una democracia plena, como el sistema electoral binominal diseñado para amplificar el poder de la primera minoría –recién eliminado en enero de este año–, como leyes que requieren de quórum de súper mayorías y la existencia de un control preventivo de constitucionalidad de las leyes, que en la práctica ha erigido al Tribunal Constitucional en una “tercera cámara” legislativa de carácter no electo.

La consecuencia más nefasta de las leyes de súper mayoría es que hacen imposible modificar las leyes de carácter orgánico-constitucional –impuestas por el régimen militar– sin contar con la venia de la minoría, lo que le otorga a ésta un poder de veto incompatible con la propia idea de democracia.

Permítanme traer ante ustedes un ejemplo de cómo esto no sólo tiene una implicancia constitucional. Es útil recordar una parte reciente de la historia de Chile en un asunto que hoy es central en la discusión de la agenda pública. Me refiero a la educación y más específicamente a su expresión legal en la Ley Orgánica Constitucional de la Educación.

Desde 1990, es decir desde el retorno a la democracia, todos los gobiernos intentaron modificar dicha Ley Orgánica, intentos que, o bien fracasaron, o bien sólo pudieron lograr cambios menores. Quizás el empeño más visible se dio en 2007, con el proyecto de la Ley General de Educación, que hoy nos rige. Esta ley fue el resultado de un acuerdo político de mínimos que cerró mal una crisis, pues fue un intento fallido de dar cuenta de esa demanda social.

Las propias movilizaciones de 2011 reafirmaron aquello, pues expresaron no sólo una demanda de los estudiantes, sino un anhelo del conjunto de la sociedad. Tal fuerza tuvo ese fenómeno que el debate educacional se convirtió en el centro de la campaña presidencial pasada y después en uno de los ejes principales del Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet. Tuvimos que transitar este largo camino para dejar atrás la modificación orgánico constitucional decretada por Pinochet, en el último día de su régimen. Podría abundar en ejemplos, pero éste es suficientemente claro para ilustrar el punto.

Un segundo aspecto que me parece importante destacar es el efecto del control preventivo del Tribunal Constitucional, que ha creado un “punto de veto” ejercido por un órgano no elegido democráticamente al cual acuden quienes pierden en el debate parlamentario para intentar revertir sus fracasos legislativos, lo que politiza un órgano que debiera estar reservado a cautelar la supremacía constitucional en casos de clara violación de derechos fundamentales, y no como una estrategia político-legislativa más.

Como se podrá advertir, ambas instituciones redundan en lo que algunos han llamado el carácter “semi-soberano” de nuestra democracia.

Adicionalmente, la Constitución de 1980 exhibe una visión de la sociedad marcada por la lógica de la Guerra Fría y las tesis político-económicas en boga en ese momento. En suma, se trata de una Constitución que obedece a una visión ideológica de quienes la elaboraron. Este rasgo imprime a la Constitución un claro talante sesgado, que no responde a una visión compartida por los chilenos.

En resumen, nace de una imposición, siendo un símbolo de disenso y no de unidad ni reconocimiento común. Y por último, al estar condicionada por pugnas y dilemas de otra época, pierde utilidad y vigencia para responder a las necesidades y preocupaciones del Chile del futuro.



Así las cosas, no nos debiera sorprender lo que muestran diversos estudios de opinión respecto del apoyo ciudadano a la idea de una nueva Constitución. Si logramos avanzar, podremos contar con una Constitución nacida y sancionada en democracia por primera vez en nuestra historia republicana.

Huelga decir que existen varios mecanismos posibles, tanto legítimos como institucionales, para el cambio constitucional. Y más allá de mi personal posición de público conocimiento, entre ellos uno puede mencionar diversos formatos participativos: la delegación de la tarea constituyente al Congreso, los mecanismos plebiscitarios o una Asamblea Constituyente. Este debate no está cerrado y cualquiera de estos mecanismos, o una mixtura de ellos, es posible en el marco de nuestra institucionalidad. Pero lo importante es que cualquiera de ellos no puede hacerse sin un amplio debate que permita el mayor grado de representatividad e inclusión de la visión de todos.

Comprendiendo la crucial importancia de esta tarea, un proceso constituyente requiere ser preparado responsablemente, porque la nueva Constitución tiene que ser el resultado de un proceso participativo, sereno, amplio y republicano.

Participativo, porque necesitamos romper el juicio escéptico que sostiene un divorcio terminal entre la política y sus instituciones con las expectativas, preocupaciones y visión de país de la gente. Debemos favorecer que los ciudadanos se sientan parte del proceso constituyente y que no aparezca como la decisión de una élite distante.

Sereno, porque debemos realizar este proceso en paz, de manera responsable y con sensatez, ya que la Constitución tiene que ser un espacio de reconocimiento, seguridad y certidumbre.

Amplio y republicano, porque, como ya lo dijimos, en la nueva Constitución debemos reconocernos todos y no reproducir el esquema de la imposición de una visión sobre otra.

El conjunto de estos rasgos debe hacer de este proceso un ejercicio republicano y no “partisano”, una experiencia ejemplar de cultura cívica y unidad nacional.

Por último, dado que en esta era es simplemente inconcebible que el proceso de elaboración de una nueva Constitución no contemple una amplia participación ciudadana incidente, la Presidenta de la República ha resuelto iniciar este proceso con una fase previa de educación cívico-constitucional. El propósito de esta fase es otorgar a la ciudadanía información y pedagogía sobre qué es una Constitución, por qué es relevante para el país y en qué nos afecta día a día.

Como podrán percibir, no se trata de un ejercicio baladí, ya que su buena ejecución es un factor esencial para la calidad del debate nacional y aún más para la recuperación de la cultura cívica que en muchos espacios hemos perdido. Estimamos que este ciclo de discusiones constitucionales contribuye también a ese propósito y les felicitamos por ello.

Termino mis palabras señalando una convicción sustancial que me y nos anima: una Constitución no puede ser el resultado de la imposición arbitraria de la visión de unos sobre la de otros, sino el producto de la deliberación amplia, democrática y participativa para alcanzar un objetivo esencial, esto es, que la nueva Constitución sea un punto de encuentro de los chilenos, un refugio ante las dificultades, en definitiva, la casa común de todos los chilenos.

Muchas gracias.

...Aplausos



LOCUTOR SERGIO CAMPOS: Muchas gracias, Ministro.

Para completar la inauguración, tengo el honor de ofrecer la palabra al Rector de la Universidad de Chile, Doctor Ennio Vivaldi.

RECTOR ENNIO VIVALDI V.: Muchas gracias.

Señor Marcelo Díaz, Ministro Secretario General de Gobierno; profesor Davor Harasic, Decano de la Facultad de Derecho; Excelentísimo señor Ricardo Lagos, ex Presidente de la República; señor Carlos Carmona, Presidente del Tribunal Constitucional; señor Sabas Chahuán, Fiscal Nacional; profesora Rosa Devés, Vicerrectora de Asuntos Académicos; profesora Faride Zerán, Vicerrectora de Extensión y Comunicaciones; señores Senadores y Diputados de la República; señor Andrés Mahnke, Defensor Nacional; profesor Luis Pinto, Rector de la Universidad Tecnológica Metropolitana; profesor José Bengoa, Rector de la Universidad Academia de Humanismo Cristiano; integrantes del Consejo y Senado Universitario; autoridades universitarias; autoridades del Poder Judicial; invitados especiales; amigas y amigos:

En primer lugar, quisiera agradecer a la Facultad de Derecho –hay muchos estudiantes y profesores de la facultad presentes– por esto que estamos viviendo, y agradecerles con un sentido de alegría y una cierta ambivalencia, porque me da la impresión que estoy agradeciendo algo que de todas maneras era necesario. Como que me costaría pensar que esto que está ocurriendo no hubiera ocurrido, lo digo de todo corazón. Como que me costaría pensar que, habiendo el país llamado a un proceso constitucional, no hubiera sido esta Universidad la que se hubiera puesto en primera fila y se hubiera comprometido con este proceso de repensar una Constitución para el país.

Son cosas necesarias, pero que uno agradece porque tiene un mérito haberlo hecho, porque había que hacerlo. Creo que habría sido una herida para Chile que esta Universidad se hubiera restado a participar. Y pienso que Chile no lo hubiera perdonado, no hubiera estado contento. Perdón si estoy haciendo uso de un recurso retórico al decir podría parecer, pero créanme que es un recurso tan empírico como puede ser.

Por mucho tiempo, cuando se preguntaba cuáles eran las instituciones que más confianza le daban a la ciudadanía chilena, la Universidad de Chile aparecía con un porcentaje tan alto que se dejó de hacer la pregunta.

La encuesta del PNUD nos dice que a diferencia de la élite, que tiene serias dudas sobre cuán importante debiera ser la educación pública, el 80% de la base ciudadana piensa que el rol del Estado específicamente debería ser crucial, pues descansa en el Estado el dar educación al país. Y las encuestas que tienen que ver con educación, y con educación universitaria en particular, también demuestran en forma muy relevante y por una amplia mayoría la confianza que existe hacia estas instituciones públicas.

Por lo tanto, no es sólo responder a la misión, que obviamente es el primer impulso que uno tiene. Yo entiendo que para el profesorado –liderado por el Decano Harasic– que es nuestro deber como Universidad de Chile, porque fuimos hechos para esto. La razón de ser por la cual se funda la Universidad de Chile es para estar presentes y dar un aporte sustantivo al desarrollo de nuestro país. Pero también creo que tiene una base empírica, es decir, creo que es la realidad de Chile la que espera en lo concreto, en la cotidianidad de cada persona, que esta Universidad se haga presente en un debate de esta trascendencia, en un momento también tan importante.

Como es oportuno discutir la Constitución y atendiendo la completitud de las presentaciones que hemos escuchado,



tanto en lo conceptual como en los antecedentes históricos, me dan la libertad de expresarles algunas palabras en torno a dos lugares comunes por excelencia que puede tener un discurso, sobre todo un discurso político en Chile.

El primer lugar común es el concepto de “todos los chilenos”. Y por eso me gustaría decir que una nueva Constitución la siento como algo para todos los chilenos. Está en todos los discursos. Cualquiera dice “por qué todos los chilenos”... y efectivamente esto es algo válido para todos los chilenos. Esto no puedo dejar de destacarlo con mucho orgullo en una Universidad cuyas aulas y cuyos patios son la primera oportunidad en su vida que muchos jóvenes tienen la posibilidad de conocer a otros chilenos a los cuales nunca habrían tenido oportunidad de conocer, en el mejor de los casos por motivos geográficos y en el peor, por motivos socioeconómicos o religiosos, o lo que fuere.

Por lo anterior, es tremendamente relevante que nosotros tengamos algo que decir respecto a nuestra Constitución.

Yo les digo que si a alguien en cualquier parte o por cualquier motivo, a lo mejor porque algún profesor sacó mal a su hijo o algo por el estilo, le gustaría que ese profesor fuera expulsado de la Universidad de Chile, y quizás en su fantasía desea ser Rector para poder echar a ese profesor, les cuento de inmediato que yo, que soy el Rector, no tengo ninguna posibilidad de echar a nadie de esta Universidad, por ningún motivo. Esto puede parecer como baladí, como un tema reglamentario o un tema que los estatutos le asignan ciertas funciones al Rector, pero dentro de las cuales no está expulsar a un profesor porque se le antoja.

Una de las cosas más profundas que yo puedo decir en nombre de la Universidad de Chile, es que llegar a ser profesor titular o pertenecer a ella como estudiante de pre o postgrado es un derecho que se tiene por ser chileno, independientemente de la condición socioeconómica, ideología, religión o lugar de residencia... Es un derecho que la patria chilena le da. Por lo tanto, ni yo ni nadie puede interferir en que esa persona ocupe el cargo de profesor de la Universidad, ni porque piense igual o distinto de uno, o porque comparta o no la misma religión o porque sea del mismo equipo de fútbol. Da lo mismo. Él tiene derecho a estar ahí por ser ciudadano chileno.

Ése es el sentido que tiene para nosotros el concepto de lo que hay detrás de todos los chilenos. Y son precisamente todos los chilenos quienes permiten el pluralismo que posee esta Universidad y que es condición sine qua non por la cual va a ser tremendamente rica la discusión que aquí se va a dar. Y no cabe ninguna duda, porque éste es el lugar al que se entra con ideas a debatir ideas, en el cual la ponderación, incluso por el número de personas que la sostienen afuera, se minimiza. Espero que también se minimice la influencia del tipo de fortunas que apoyan a cada posición ideológica. Este es un lugar donde podemos discutir y compartir ideas.

Como esta Constitución está orientada a todos los chilenos, para nosotros es tremendamente relevante que la Universidad de Chile tome la iniciativa.

El otro lugar común que quería decir señalar es sobre la retórica y es que una Constitución refleja el alma nacional, y reflejar el alma nacional tiene una dualidad. Es un acto que a la vez conlleva a una autoconsciencia y a un querer ser. Una autoconsciencia, porque cada uno tiene que buscar en sí mismo lo que sentimos que es el alma nacional, qué es aquello que sentimos que nos aúna, cuál es el espíritu, cómo queremos convivir, cómo creemos que todos debemos compartir valores, ideas, oportunidades, posibilidades.

Y por supuesto es un querer ser, porque tenemos motivos para pensar que podríamos hacerlo mejor; tenemos motivos



para pensar que hemos pasado por momentos muy dolorosos en nuestra historia reciente; tenemos motivos para pensar que quisiéramos que esta discusión en torno a un ordenamiento constitucional sea una tremenda oportunidad para que nunca más reeditemos episodios tan dolorosos, para que podamos ser capaces de generar una forma de convivencia social en que todos seamos fraternalmente parte de un mismo proyecto de país, de un proyecto socioeconómico y cultural.

Por eso es tan trascendente la función de la Universidad de Chile, que en otras partes del mundo no se entiende. Nadie entiende que la idea de una Nación, como ocurre en algunas naciones latinoamericanas, difícilmente está ligada tan certeramente a una Universidad, como ocurre en Chile; que la idea misma de una Nación esté ligada a una Universidad y que una Universidad sea la base de una torre de construcción para poder construir una República. ¡Y ese rol que le ha cabido a esta Universidad, creo que también es tremendamente relevante!

Les pido disculpas, pero para terminar permítanme solamente una gotita, un microgramo de sarcasmo. Lo mencionaban quienes intervinieron antes, que me parece que una de las cosas más importantes es la toma de consciencia de las falsas ideas y la posibilidad que uno tiene de ir a construir algo que cree más auténtico, más real, que realmente esté reflejando tanto lo que somos como lo que queremos ser.

Perdonen que hable de la contingencia, no quiero molestar a nadie con esto, pero en el reciente debate, cuando se decía que si se daba solo a determinada fracción de los jóvenes que venían de un estado de vulnerabilidad socioeconómica a un grupo de universidades y no a otras, se estaría cometiendo una terrible injusticia.

Mi primera reacción fue: ¡De la que nos salvamos!... ¡En Chile estuvimos a punto de cometer por primera vez una injusticia! ¡Eso hubiera sido increíble! ¡En este país donde todo el mundo tiene derecho a la misma educación, que tiene derecho a movilizarse de la misma manera, que tiene el mismo derecho a tener casa, donde todos tenemos casas iguales! ¡En este país que es la equidad misma, estuvimos a punto -no nos dimos cuenta en un momento casi de desatención- estuvimos a punto de que casi, casi se comete una injusticia!

Sinceramente, me parece que tiene que haber un grado de autoconsciencia, de mirarnos limpiamente, de entender las argumentaciones con las cuales vamos a entrar a contrarrestarnos.

Para Freud, la justicia surge de que los hermanos no permiten o no quieren que los padres hagan diferencias entre ellos. Pero ustedes no tienen por qué hacerle caso a Freud. Por lo menos yo no le hago mucho caso, así que nadie los obliga.

Pero ese sentido profundo de hablar con la verdad, de hablar con los motivos reales que tengamos para entender los problemas que tenemos como sociedad -ese salto- es un salto inevitable.

Ésta es una oportunidad única de entendernos en las verdaderas y en las falsas ideas de nosotros mismos. Y es en las verdaderas ideas de nosotros mismos, cuando vayamos transfiriéndolas de unos a otros, recién podremos plantearnos como un país de hermanos, como un país que tiene un sentido de nación profundamente arraigado, un sentido de fraternidad.

Eso surge de una declaración que hacemos entre todos, y esa declaración es la Constitución. Lo era cuando yo era niño y estudiaba educación cívica; lo era cuando se nos decía en los liceos, esta cosa que a mí me gusta describirla como la catequesis de la República laica y ciudadana, donde aprendimos lo que era una Constitución; donde aprendimos que éramos chilenos; donde entendimos lo que era pertenecer a una patria o a un pueblo que tiene un destino común. Y esto



creo que es demasiado importante, lo cual no podría entender si ustedes no estuvieran donde están en este momento.

En nombre de la Universidad, agradezco una vez más a la Facultad de Derecho y a su comunidad por este gran impulso que ha dado y esto tan meritorio que tiene el tratar este tema de la nueva Constitución, que sin duda nuestro pueblo va a hacer suyo con alegría y reconocimiento.

Muchas gracias.

...Aplausos

LOCUTOR SERGIO CAMPOS: Muchas gracias, Rector.

Concluyendo con esta parte de la ceremonia, el himno de la Universidad de Chile será interpretado por el Coro Lex.

Luego, invitamos a las autoridades presentes en la testera a tomar asiento en la primera fila, para escuchar la primera sesión de discusión de este ciclo, que será moderada por la Directora del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, profesora Ana María García Barzelatto.

El Coro Lex canta el himno de la Universidad de Chile

...Aplausos



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Una gran conversación por

CHILE

Proceso constituyente y
nueva constitución política



CAPÍTULO II / SESIÓN 10 DE AGOSTO DE 2015

¿NECESITAMOS UNA
NUEVA CONSTITUCIÓN?



¿NECESITAMOS UNA NUEVA CONSTITUCIÓN?



SESIÓN 10 DE AGOSTO DE 2015

Expositor:

- *Profesor Jorge Correa Sutil*

Comentarios:

- *Profesor Enrique Navarro B.*
- *Profesor Eric Palma G.*
- *Moderadora: Profesora Ana María García Barzelatto*

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Buenas tardes.

Vamos a dar inicio a nuestro primer panel del ciclo de discusiones. Pero antes, no puedo dejar de agradecer a la Facultad de Derecho y al señor Rector por el gran apoyo que han dado al Departamento de Derecho Público en la organización de este ciclo de discusiones, que se va a extender hasta el 4 de noviembre del presente año, todos los días jueves en la Facultad de Derecho.

En esta oportunidad, el tema que nos convoca es de extraordinaria importancia: plantearnos si necesitamos una nueva Constitución.

La exposición estará a cargo del profesor Jorge Correa y su intervención será comentada por los profesores Enrique Navarro y Eric Palma.

Quisiera presentar al profesor Jorge Correa Sutil, a quien todos conocemos, y recordar que hizo sus estudios de Derecho en la Universidad Católica de Chile y en 1982 obtuvo el grado de Magíster en la Universidad de Yale.

Durante siete años fue Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, donde actualmente es profesor de Teoría del Derecho y de Derecho Constitucional.

Fue Secretario de la Comisión Rettig durante el Gobierno del Presidente Patricio Aylwin y Subsecretario del Interior durante el Gobierno del Presidente Ricardo Lagos Escobar.

Entre los años 2006 y 2009 tuvo una rica experiencia como Ministro del Tribunal Constitucional. Además, es miembro de número de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile.

Profesor Correa, adelante.



PROFESOR JORGE CORREA SUTIL: Muchas gracias.

Efectivamente, no hice mi “catequesis republicana”, como la llamó el Rector en esta casa de estudios. Ustedes pueden achacar a ello todos los errores que va a tener mi presentación. El hecho que se me invite a abrir este ciclo a quien no ha pertenecido a esta casa de estudios enaltece particularmente la generosidad de quienes me han invitado, lo que agradezco muy sinceramente.

¿Necesitamos una nueva Constitución? No voy a jugar a los misterios. Voy a concluir afirmativamente, diciendo que sí necesitamos una nueva Constitución. Pero, como vamos, abrigo temores de que terminemos con una peor Constitución de la que tenemos y eso no sólo no lo necesitamos, sino que ojalá no ocurra. Entonces la respuesta que yo doy a la pregunta que nos convoca es: depende. Depende de qué clase de Constitución terminemos aprobando.

No es tan sólo que tema un resultado diverso al que yo mismo tengo como Constitución modelo o ideal, sino que veo ideas en la mesa que me parecen desenfocadas para el diagnóstico que me hago de los problemas constitucionales que tenemos. Porque al final, y como pretendo sostener, no hay posibilidad de construir una nueva buena Constitución si no se tiene un diagnóstico acerca de la crisis constitucional específica que se padece.

En resumen, y colgándome del lugar común de que en las crisis sabemos lo que está muriendo pero no logramos atisbar lo que nace, diré que tenemos un diagnóstico razonablemente asentado acerca del estado de debilidad que afecta al paciente, pero no todavía acerca de los males precisos que causaron su estado, y andamos disociados, creo yo, de la realidad o por caminos errados cuando hablamos de remedios.

ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS IDEAS FUERZA DE LA NUEVA MAYORÍA TRAS SU PROPUESTA DE NUEVA CONSTITUCIÓN.

Me parece que detrás del impulso constitucional de la Nueva Mayoría hay dos o tres ideas fuerza.

La primera es un diagnóstico de que la actual Carta Fundamental no goza de estimación ni de prestigio. Lo decían el Rector y el Ministro al comenzar sus palabras.

Y a la hora de las propuestas de reemplazo veo dos ideas fuerza.

La primera, contenida explícitamente en el Programa de la Nueva Mayoría, que consiste en la incorporación o reforzamiento de los derechos de género, reproductivos y económico-sociales con justiciabilidad. Y la otra que consiste en la idea, menos explícita en el Programa pero presente en el debate, de que la Carta Fundamental debiera abrir el camino y/o consagrar derechamente “un nuevo modelo” o paradigma de convivencia social, como gusta decir a otros.

Examinaré la idea de desprestigio, la idea de tener una nueva Constitución para cambiar en ella la parte dogmática y la idea de una Constitución para un nuevo modelo.

Al analizar estas tres ideas explicaré una cuarta, que a mi juicio está relativamente ausente del debate, salvo en los últimos días, que es la principal por la cual me parece justificado promover una nueva Constitución.



Aclaro desde ya que no voy a hablar de las formas. La pregunta podría hacerse de otra manera: ¿Necesitamos un proceso constituyente? Creo que allí hay ideas muy atractivas, en el sentido de que sólo un proceso constituyente, un proceso radical, inclusivo y participativo puede llevar al país a volver a relegitimar las instituciones que de allí nazcan. Me parece una idea muy atractiva en torno a las formas de una nueva Constitución, incluso de las formas radicales de una nueva Constitución más allá del Congreso Nacional, que debiera ser parte de nuestro debate. Es la idea de que necesitamos de un proceso constituyente para relegitimar e impulsar el reencuentro de las instituciones con la ciudadanía. Con todo el interés que tiene esta noción de relegitimación institucional que podría tener el proceso, no me referiré a ello porque no es el tema de hoy. Voy a la mala prensa de la Constitución.

EL DESPRESTIGIO DE LA CONSTITUCIÓN.

¿Es la que nos rige la Constitución de Pinochet? No creo que sea una acusación justa después de las reformas, pero es la acusación que se le hace.

¿Es la Constitución de la derecha? Es ésta la que la invoca habitualmente como minoría en el Congreso Nacional, jugándose su última oportunidad en el Tribunal Constitucional ante la agenda social demócrata o ante la agenda liberal. Fue el caso de la reforma educacional, tributaria y probablemente será el caso en la reforma laboral. Así ocurrió con la píldora y probablemente va a ser el caso ante las tres causales de aborto...

Esas parecen las causas de la mala prensa de la Constitución: la identificación con su origen y con los valores e ideario de aquellos que más frecuentemente la invocan ante el Tribunal Constitucional.

Me parece que esa grave acusación se ha instalado culturalmente como dominante, más allá de la justicia o injusticia que ella tenga. Es una acusación grave, porque a la Constitución se la invoca para zanjar disputas relevantes, pero una que no goza de estima y que se le acusa de tramposa no resiste invocarla en casos de crisis, y después de ella no quedan razones compartidas que invocar. Por lo tanto, necesitamos un texto que goce de prestigio. Porque las diferencias políticas deben darse dentro de la Constitución, la que debe reflejar las reglas aceptadas y la moral compartida. Sólo ocasionalmente parece razonable que el debate sea acerca de la Constitución, y lo normal es que el debate sea dentro de la Constitución.

La idea de desprestigio instalada es poderosa y decisiva para cambiar la que tenemos, y creo que es el discurso del Gobierno. Ésa es su razón justificatoria más poderosa de por qué necesitamos una nueva Constitución.

El debate acerca de la justicia o injusticia de esta mala prensa me parece que no es lo esencial, a menos que quienes sostienen que esto es producto de una maniobra logran convencer a la sociedad y represtigiaran la Constitución, lo que juzgo improbable.

A mi juicio, no basta con ese diagnóstico de desprestigio ampliamente compartido en el día de hoy, porque con ello no se van a edificar las bases de una nueva Constitución. Sólo sirve para debilitar la que tenemos, pero no sirve para construir una nueva.

Sin diagnóstico, me parece que corremos el riesgo de perdernos en los propios deseos de nuestras tesis de especialistas y



en hacer de esto, en el proceso participativo, más bien un ejercicio del país que queremos y no de las reglas específicamente constitucionales que necesitamos para hacer ese país más probable.

Esta falta de diagnóstico y de ideas fuerza acerca de la Constitución de reemplazo es única en nuestra historia de cambios constitucionales. La del 33 recogió el ideal portaliano. La de 1891, el parlamentarismo. La del 25 quería volver al presidencialismo con un Estado más poderoso para tender al Estado de Bienestar. La del 80 pretendía hacer perdurar el modelo, instaurando una democracia limitada y protegida y reglas capaces de defender la iniciativa privada de la intervención del Estado. Por su parte, las modificaciones del 89 y 2005 buscaban superar los enclaves.

¿Cuál es la idea fuerza ahora? Yo creo que es la pregunta esencial. Para justificar la idea de una nueva Constitución no basta con el desprestigio. Tampoco con la acusación de que es tramposa y de los enclaves autoritarios, pues de ello sólo quedan las leyes orgánicas constitucionales y, por efecto, el control preventivo obligatorio del Tribunal Constitucional. Terminar con esas leyes es una reforma que evidentemente falta para que la Constitución sea democrática, pero ése sólo cambio no parece justificar la idea de una nueva Constitución.

En la derecha, quienes se oponen a la idea de una nueva Constitución, sí tienen un diagnóstico: es uno de alabanza.

Voy a usar mis propias palabras: la Constitución ha permitido, o al menos no impedido, competencia por el Gobierno y alternancia sin acusaciones de fraude: ha permitido, en palabras de Dahl, una poliarquía

Ha permitido que las instituciones encaminen el desarrollo económico y la superación de la pobreza, qué duda cabe. También ha permitido el goce efectivo y progresivo de las libertades. Llevamos 25 años sin estados de excepción, lo que es bastante novel en la historia de Chile. Bajo su vigencia ha progresado el goce efectivo de los derechos económicos y sociales. A pesar de la Constitución, dirán algunos, pero ahí están esas realidades.

Ergo, dicen algunos –la derecha fundamentalmente–, no necesitamos una nueva Constitución. Pero eso no se hace cargo del desprestigio ni destraba el enclave de las leyes orgánicas constitucionales que son injustificables desde la doctrina democrática.

NUEVA CARTA DE DERECHOS.

Una segunda razón para una nueva Constitución podría buscarse en el Programa de la Nueva Mayoría. Y allí vuelvo a ser crítico, porque veo en ese programa fundamentalmente el avance de la noción de derechos justiciables, de derechos económicos y sociales justiciables. Además veo la idea de derechos reproductivos y de género al interior del matrimonio. Pero estos últimos, de verdad, no me parecen pertenecientes a una Constitución Política.

Que algunos países desarrollados hayan llevado a los tribunales estos problemas reproductivos, es porque no son capaces de resolverlos en la sociedad democrática. Me parece que eso es un mal y no un bien a copiar.

¿Tenemos un nuevo consenso acerca de que los derechos reproductivos se deben fijar en piedra en una Carta Fundamental? El debate sobre el aborto despierta una enorme discusión en tres casos. ¿Qué vamos a construir en conjunto, en piedra, respecto de ellos? ¿Por qué no seguimos debatiendo con regla de mayoría estos problemas sobre los cuales todavía no alcanzamos consensos estables? ¿Qué mal nos hace debatir esto con regla de mayoría? ¿Por qué necesitamos llevarlos a una nueva Constitución?



La verdad es que yo no comparto ese diagnóstico de que sea necesaria una nueva Constitución fundamentalmente para este tipo de derechos.

El Programa también pone mucho énfasis en los derechos económico-sociales y en el carácter justiciable de los mismos. Creo que con ello cometemos varios errores. Primero, vendemos promesas falsas, aunque las constituciones casi siempre lo hacen, ya que en materia de derechos su tradición ha sido poner lo normativo a una distancia de lo real, de tal manera que lo real se vea desafiado a cumplir con lo normativo.

Quienes se oponen a esta tendencia invocan la responsabilidad fiscal, y sus contrarios retrucan que el goce de los derechos civiles también demanda gastos.

Por mi parte, pienso que hay dos razones por las cuales puede ser un error llevar los derechos económico-sociales consagrados en la Constitución al carácter de justiciables. La primera es porque los jueces no son aptos para producir mayor igualdad. No lo son en Chile y no lo han sido en ningún país de tradición continental en materia socioeconómica. Cambian la fila, no más. El que no tenía un beneficio, ahora lo tiene y pasa delante del otro porque litigó. ¿Entonces a quién se favorece? A los litigiosos, es decir, a los ricos y a los poderosos nuevamente.

La igualdad la logran las políticas públicas, las leyes y los reglamentos. Por lo tanto, creo que erramos la puntería cuando queremos producir igualdad a través de declaraciones genéricas en la Constitución, en vez de abocarnos a la letra chica de los reglamentos, donde creo que sí tenemos experiencia; particularmente en políticas de salud preventiva y ahora con el AUGE.

La segunda y más poderosa razón para recelar de las esperanzas que se cifran en la consagración constitucional de los derechos económico-sociales justiciables es que con ello le restamos fuerza y autonomía a la política. Lo que instauramos en la Constitución lo instalamos como un límite a la acción de los poderes representativos; lo consagramos para permitir que los jueces hagan un control sobre aquello.

Así, cuando hacemos justiciables los derechos constitucionales de ese carácter, lo que hacemos es instaurar poder en manos de los jueces; les damos legitimidad para la corrección de las políticas públicas y hacemos más irresponsables a los políticos a su respecto. Eso lleva a la política a decir nimiedades irrelevantes. A decir principios en vez de decir reglas. Mandamos el poder lejos del Congreso y lo instalamos en los salones judiciales, en foros internacionales y en comisiones no representativas y sobre todo no responsables electoralmente.

Me alberga un cierto pesimismo entonces, porque podemos terminar con una Constitución “de la transaca” –perdón la expresión– sobreabundante en pomposas declaraciones de derechos y con una política cada vez más débil.

Pienso, por el contrario, que lo que se necesita es deliberar la contribución que puede tener una nueva Constitución para superar la crisis de las instituciones políticas, e intuyo que para eso es necesario fortalecer la política y su relevancia, y no debilitarla apuntalando el control judicial sobre los órganos representativos.



UNA TERCERA IDEA FUERZA: UNA NUEVA CONSTITUCIÓN PARA INSTAURAR UN NUEVO MODELO O PARADIGMA.

Es ciertamente potente la idea de una nueva Constitución para instaurar un nuevo modelo. Potente, pero yo no la comparto, la juzgo equivocada, no porque prefiera el modelo que tenemos a otro alternativo, sino porque quisiera una Constitución que permita a la política definir los modelos. La idea de una Constitución que defiende e instaura un modelo por temor a que lo fije la política, forma parte de la tradición constitucional chilena –no puedo negarlo– de los últimos 45 años. Desde el “Pacto de Garantías de 1970”, la Constitución chilena anda preñada de temores ante los poderes representativos, instaurando o protegiendo modelos sociales. Para qué decir la Constitución de 1980, de democracia protegida, de temor a la intervención del Estado y traumada por la Unidad Popular.

Acepto que esta idea también anda de la mano de una tendencia internacional desde la Segunda Guerra Mundial en adelante: la de las constituciones sociales y no sólo políticas.

Acepto que ninguna Constitución es neutra en esta materia, pero yo soy un “bicho raro”, ya que en materia de modelos económico-sociales soy partidario de las mayorías y no de las constituciones. Que cuando gane las elecciones la Nueva Mayoría pueda subir los impuestos y poner fin al reemplazo en la huelga o el fin del copago en educación, sin que la amenacen con llevarla al Tribunal Constitucional. Y cuando gane la derecha, que pueda bajar los impuestos y debilitar los sindicatos, sin que nadie la lleve al Tribunal Constitucional

Soy un “bicho raro”, a quién le gusta que gobiernen las mayorías “ocasionales”. Sobre todo, porque me parece bien que decidan y luego respondan al electorado.

Soy un “bicho raro” porque confío más en el Congreso Nacional que en las agencias no electas, y mucho más en el Congreso que en las cortes internacionales o que en las recomendaciones de altos foros internacionales.

Soy un “bicho raro” porque creo en la democracia. Me parece muy sensata la opinión pública chilena, muy sensata. Concibo la democracia como un ejercicio de ensayos y errores. Participo en ella con convicciones acerca de lo que me parece correcto y lo que me parece erróneo, incluso puedo expresar de modo vehemente mis ideas, pero ruego a Dios verme libre de la arrogancia de querer imponerlas a los demás sin siquiera discutirlos. Eso es una Constitución, la exclusión de ciertos actos, la exclusión a priori de ciertos criterios para definir las políticas gubernamentales. Ciertamente debe haber actos y políticas proscritas de antemano, pero deben ser las menos, no concibo excluir un modelo a menos que pueda afirmarse que es contrario a la democracia.

Para ello, me parece que no es una buena fórmula tener una Constitución sobreabundante y un poder de control debilitado en el Tribunal Constitucional. Lo que me parece que necesitamos es una Constitución que sea imperativa, efectiva, que tenga imperio, y para ello, que sea “invocable” ante los tribunales, pero que deje la discusión de los modelos socioeconómicos a las mayorías políticas.

Quisiera reservar lo prohibido, los límites al poder tan sólo en los actos de abuso, a lo que impide el ejercicio de las libertades básicas y prohibir a las mayorías la opresión de los adversarios. A unos y a otros debe estarles vedada la crueldad y a todos garantizada la participación igualitaria en la deliberación pública. Lo demás me parece superfluo a una Constitución y propio del reino de la política.



En las recientes elecciones inglesas, David Cameron preparaba el ambiente electoral que lo enfrentaba a los laboristas afirmando que los electores estaban llamados a “elegir entre una economía que crece, que genera empleo y recorta los impuestos para 30 millones de trabajadores, o pueden elegir el caos económico de Ed Miliband, con 3.700 euros de impuestos más para cada familia, y así poder pagar la asistencia social y el gasto incontrolado, mientras sube la deuda y perdemos puestos de trabajo”. Ése es el debate político inglés. El que ganó gobierna, lleva a cabo su programa y responderá hasta que el electorado se canse y lo cambie.

A nadie se le ocurre allí que esos debates de política económica puedan resolverse invocando el lenguaje constitucional de los derechos en un tribunal de justicia. A nadie se le ocurre que el pueblo deba ser constitucionalmente protegido de tomar el camino errado. Pero en Chile se nos ocurre eso. La derecha viene defendiéndose hace años de la socialdemocracia, disfrazándola de colectivismo capaz de ahogar los derechos esenciales, y ahora la izquierda –o muchos en la izquierda– se aprontan a excluir a los neoliberales con las mismas armas constitucionales, en nombre de la igualdad, del estado social y de los derechos económico-sociales.

En la mayor parte de los debates entre neoliberales y socialdemócratas, que presenciamos en materia educación, relaciones laborales, carga impositiva o previsión, la Constitución estorba. Por ende, no debiera ser invocada porque son debates políticos, ni morales ni jurídicos.

Debiéramos entonces entrarle con una goma en materia de capítulos introductorios llenos de declaraciones ambiguas y rimbombantes; con una goma en la incorporación de modelos; ni Estado subsidiario, ni solidario, ni social de derechos, sólo una República democrática con reglas que aseguren una buena representación popular, un espacio razonable de participación y mucha transparencia para que no se tomen decisiones a oscuras o a espaldas de la opinión pública, ni en materia de nombramientos, ni en materia de políticas públicas. Eso es lo que una democracia debiera garantizar, y no un modelo social como resultado de ese proceso.

Pero nos disponemos muchos, o se disponen muchos, a entrarle a la Constitución con un lápiz, con la instauración de “otro modelo”. A gestar la Constitución hija del miedo a las mayorías políticas. Otro miedo. Eso me parece una idea equivocada, porque el modelo social lo que hace es relegar el debate político, las elecciones, la participación y las instituciones elegidas, a un lugar de poca relevancia, porque eso ya está resuelto por la Constitución, en condiciones en que “el modelo” ya ha quedado establecido y fuera del alcance de la política. En cambio, lo que me parece que debiéramos explorar es si la crisis institucional que atravesamos es una buena razón para una nueva Constitución.

LA CRISIS POLÍTICA COMO RAZÓN PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN, O AL MENOS PARA UN DEBATE PROFUNDO PARA UN “PROCESO CONSTITUYENTE”.

Yo aprecio que es la política la que anda mal, muy mal, y particularmente el Congreso Nacional y los partidos políticos; su prestigio y por ende su prestancia y autoridad; la identificación de la ciudadanía con el Congreso y con las fuerzas políticas; la falta de ingreso de los jóvenes a los partidos viejos, sin que se generen nuevos, que era el modo como antes salíamos de las crisis; la capacidad profesional del Estado para generar políticas prolijas.

Es el funcionamiento de la política, no el amparo a nivel constitucional de los derechos lo que no está dando el ancho.



Para mejorar la política es necesario tonificarla y no seguir debilitándola, no seguir constriñéndola a una cierta irrelevancia. Claro que para eso habría que perderle el miedo a la ciudadanía.

En el debate constitucional me parece que debemos hablar de reglas políticas, de representación, de participación, de partidos, de desconcentración del poder en las regiones y no de más derechos justiciables. Necesitamos más poder, más aire, más relevancia para la política, pero lo que se propone son más derechos justiciables, que, conforme lo sentían desde una perspectiva jurídica, son una forma de limitar el poder de la política deliberativa.

Lo que se propone es “otro modelo” que vuelva a relegar a la política a un plano poco relevante; nuevas formas para que no sean las mayorías sino las élites ilustradas, cuando no iluminadas, quienes decidan la forma en que convivamos y hacer que ciertas ideas no sean tolerables en el debate.

Entiendo que no es el momento de hablar del proceso constituyente, pero me limitaré a una sola afirmación al respecto. Si mi diagnóstico no es errado, entonces el proceso constituyente debiera comenzar no por clases de educación cívica, sino por preguntarles al pueblo bajo qué condiciones estaría dispuesto a volver votar, a participar en política, a militar en los partidos. Sería –creo- una gran lección de educación cívica del pueblo a las élites políticas. Probablemente apuntaría más a las leyes políticas y a la agenda de probidad que a los contenidos constitucionales. Querría decir que por allí van los cambios prioritarios para volver a constituir bien la política.

ÚLTIMA VUELTA AL DIAGNÓSTICO.

Me parece que hay una crisis y ella es de arquitectura política, la cual está fuertemente concentrada tanto en las leyes políticas como en la Constitución. Aunque afortunadamente estamos entrándole a las leyes políticas, me parece que lo hacemos sin haber madurado un debate sobre cómo pueden contribuir las reglas a superar esa crisis de instituciones políticas.

Mi hipótesis es que venimos rehuendo aquello por un cierto temor a la democracia. Chile se ha re-politizado y las instituciones, particularmente el Congreso, no canalizan esas demandas. La crisis de la representación de las instituciones electas es un problema mundial, pero que se da de manera particularmente fuerte entre nosotros.

Chile ha tenido una breve, una corta experiencia de democracia inclusiva; no tenemos una larga tradición de democracia inclusiva y creo que ésa es una causa importante de nuestro temor a una democracia mayoritaria.

Hasta la década del 60, Chile era la democracia ciertamente más estable de Sudamérica, pero su nivel de participación electoral era uno de los más bajos de América Latina. En 1920 votaba menos de 10% de la población adulta; en 1958, un tercio de la población adulta. Hasta que la política finalmente importó. Me estoy refiriendo a fines de los 60 y comienzos de los 70, y fue capaz de transformaciones que bajaron significativamente el Índice de Gini, con una sociedad híper movilizadora. Entonces las instituciones no dieron el ancho.

Hoy en día de nuevo hay una sociedad movilizadora, no de las características de la de fines de los sesenta, pero sí una sociedad más politizada, más consciente de sus derechos, más dispuesta a la impaciencia y a la rabia, con más malestar por una desigualdad injustificable en materia política, en materia territorial, en materia social y en materia económica.

Una de las condiciones en las cuales se desarrolló la transición chilena fue la falta de participación y de movilización. Ello encerró a la política; la enredó en sí misma. Quienes se dedican profesionalmente a ella fueron vistos como un grupo autárquico y privilegiado. Se habló y se sigue hablando de la “clase política”, como refiriéndose a un grupo al que la gente no entra y con el cual no se siente identificada.

Me parece que no hemos vivido una democracia inclusiva con altos niveles de participación, donde la política realmente importe. Por eso, no es raro que tantos tengan miedo a una democracia política “incidente”.

Eso creo yo es el problema constitucional de Chile, un problema de arquitectura institucional. ¿Cómo pueden las reglas volver a que el descontento se canalice por los senderos de la política institucional pero sin que la desborde? Me parece que esa es la pregunta central de una nueva Constitución.

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Gracias, profesor Correa.

A continuación corresponde escuchar el comentario del profesor Enrique Navarro Beltrán, quien es abogado y cursó sus estudios de Derecho en la Universidad de Chile, donde ha desarrollado sus actividades académicas en esta facultad desde el año 1988, siendo actualmente profesor titular de la Cátedra de Derecho Constitucional.

Además fue Director del Departamento de Derecho Público en varios periodos, y entre los años 2002 y 2006 fue designado por el Pleno de la Corte Suprema como Director de Estudios de esa misma Corte. También se desempeñó como Ministro del Tribunal Constitucional desde el año 2006 hasta el 2012.

Es autor de varios libros de su especialidad y de más de un centenar de artículos en materia de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo Económico e Historia de las Instituciones Políticas.

PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B: Gracias.

Hace prácticamente 90 años, en este mismo salón, el ex Presidente Arturo Alessandri decía que

“La carta fundamental es un monumento en que se condensan las supremas aspiraciones de un pueblo y las normas indispensables para su desarrollo y progreso”.

Como sabemos, hace 90 años se gestó este texto, un texto constitucional. Y me parece que para responder a la pregunta que nos convoca este primer día, es conveniente, en primer lugar, revisar la historia constitucional chilena. Obviamente, la ponencia con mayor tiempo y análisis, por lo que me detengo en esta materia. Porque yo creo que uno de los aspectos principales de nuestra historia constitucional es su desconocimiento. Por eso, celebro que el Gobierno haya iniciado un trabajo para instruir en esta materia.



En general, el conocimiento de la población acerca de las instituciones es bastante mínimo. Más aún, con la eliminación de la educación cívica que nosotros teníamos –por lo menos yo la tuve en el Instituto Nacional– y que era obligatoria hasta hace algunos años.

Todos sabemos sobre la falta de lectura que hay en nuestro país. Siempre he señalado el mismo ejemplo –perdón que lo reitere–, pero cuando don Diego Barros Arana acometía su notable obra para escribir la historia de nuestro país, Andrés Bello, Rector de nuestra Universidad, le decía: “escriba sin miedo, don Diego. En este país nadie lee nada”.

Esa situación de hace 150 años no sé cuánto se habrá modificado, pero es evidente que en general hay un desconocimiento de nuestra historia. Por tanto, creo que es importante revisar lo que ha pasado en 200 años, desde el primer reglamento de 1811, que fue un inicio, un bosquejo de Constitución, como señalaba Jaime Eyzaguirre, pasando por el Reglamento del año 1812, que comenzó a establecer ciertas instituciones y derechos fundamentales, pasando por las constituciones de O’Higgins de 1818 y 1822, la transitoria y la que aspiraba a ser permanente. La transitoria duró cuatro años y la permanente cuatro meses, lo que ha sido una regla general en nuestro país: lo permanente siempre es transitorio, lamentablemente.

También tenemos las constituciones de los años 20, la Constitución moralista de Egaña de 1823, la Constitución de 1828 –que es una gran obra jurídica que sirvió de base a la Constitución de 1833– y a la Constitución de 1925.

En relación al actual texto, estimo que el actual texto no es la Constitución de 1980. En mi opinión, la actual Constitución dejó de ser la Constitución 1980, porque esta Constitución ha sido la más modificada en su historia. Sólo el capítulo del Banco Central no ha sido modificado.

Son 35 procesos de reformas constitucionales que se traducen en casi 300 artículos modificados. Por ende, lo que se aprobó el año 80, en tiempos no democráticos, obviamente es muy distinto de lo que existe hoy en día, particularmente fruto de los esfuerzos que se realizaron el 89, a través de los pactos.

Entre las reformas posteriores destaca la de 2005, que encabezó el Presidente Lagos y que generó un tamiz democrático sustancial. Pero entre todas las reformas que tenemos hasta la fecha, muchas de las cuales uno podría preguntarse si es necesario que incluso estén en el texto constitucional. Por ejemplo, que se deba dar una cuenta anual y con una fecha o que las elecciones sean los días domingos parece bastante innecesario que estén en el texto constitucional, porque podrían ser perfectamente materias de ley orgánica.

Entonces, lo primero que es importante revisar nuestra experiencia constitucional, lo que haría, en mi opinión, una importante diferencia. Lo segundo es que hay aspectos que también creo que se han enmendado en parte.

En relación al sistema electoral, como sabemos, el Presidente de la República es elegido por un periodo de 4 años –lo que me parece excesivamente breve–, con segunda vuelta y sin reelección, siguiendo el modelo francés.

En materia del Congreso Nacional, el sistema electoral ha sido objeto de modificación, y va a ser muy importante ver cómo ese Congreso Nacional reflejará esa mayor diversidad. Lo mismo podemos decir en cuanto a otras autoridades, alcaldes o concejales.

Por tanto, hay ahí un tema importante porque la gran crisis –y lo planteó el profesor Jorge Correa en su exposición– es un asunto de representación y esa falta de adecuada representación creo que está íntimamente vinculada con la circunstancia



de que, en muchos casos, simplemente hubo una designación a dedo, pues prácticamente no había competencia, lo que es muy malo para un régimen democrático.

En cuanto a la existencia de los quórums especiales para leyes orgánicas constitucionales -estas leyes no son un invento chileno, de hecho en Chile no se ha inventado nada en materia jurídica, y creo que casi en ninguna materia-, en el plano jurídico se tomó el modelo español y el modelo francés, con la diferencia, que eran leyes que tenían otro quórum. Incluso tenían el control preventivo. Pero evidentemente eso es algo que hay que consensuar y eventualmente, si así lo estima el constituyente, eliminarlo.

En todos los sistemas constitucionales, la Carta Fundamental tiene mecanismos de mayor quórum en cuanto a su enmienda. La Constitución norteamericana tiene un quórum de dos tercios. Las constituciones de España y de Alemania, también lo tienen.

La idea de reforma constitucional no es nada nuevo. Yo hoy día imprimí un diario español y un diario colombiano, y en los dos hablan de reforma constitucional -en España y en Colombia- ya que en ambos países todos están con la idea de modificar el texto constitucional y de manera muy relevante.

En Alemania -fíjense ustedes-, el Artículo Primero del Artículo Veinte, referido a la dignidad de la persona y al régimen de gobierno, es pético, es inmodificable. Es una experiencia muy notable la que se aprecia en el texto alemán, lo que significa que la Constitución tiene que ser por supuesto un pacto, pero además un pacto que tenga espíritu de permanencia. Ahora, ninguna norma es absolutamente permanente ni mucho menos. Todos sabemos que el promedio de las constituciones ha sido de más o menos de 30, 40 ó 50 años, y por ende también tienen su época.

Distinta es la visión clásica norteamericana, donde la Constitución es una Constitución breve -como un poco lo plantea el profesor Jorge Correa-, versus la tendencia expresada después de la Segunda Guerra Mundial, de constituciones largas y extensas, que de algún modo regulan una serie de materias que uno podría cuestionar si es indispensable o no que estén en el texto constitucional.

Otro punto que se ha analizado es el de la referencia a los modelos o paradigmas y a los controles constitucionales. Sobre este punto creo que el control constitucional es una institución consustancial al régimen democrático.

Lo siguiente siempre lo he puesto como ejemplo: cuando la Constitución kelseniana clásica establece la idea de una jurisdicción constitucional, precisamente lo hace para resolver los conflictos entre los diversos órganos.

Pero esa idea en la historia constitucional chilena ya fue plasmada en carne propia por el ex Presidente Balmaceda, cuando en 1891 -desatada ya la Guerra Civil, que nos significó 10.000 muertos- señalaba que debía crearse un tribunal compuesto por 9 miembros, tres designados por el Presidente, tres por el Congreso y tres por la Corte Suprema, que resolvieran los conflictos entre las partes, para que precisamente resolvieran el conflicto que se había desatado en relación a la Ley de Presupuesto Anual.

Por tanto, 30 años antes de Kelsen, en Chile Balmaceda instó a ese modelo que es de algún modo el plasmado en la reforma de 2005, el cual tiene tres mecanismos, tres designaciones: tres son hechas por el Presidente, por el Congreso, dos por el Senado y dos por la Cámara de Diputados con acuerdo del Senado y tres por la Corte Suprema.



En primer lugar, se ha cuestionado del Programa de Gobierno de algún modo la integración, la circunstancia de que la Corte Suprema designe miembros. Sin embargo, a mí me parece muy bien que la Corte Suprema designe miembros. Bueno, me declaro inhabilitado porque me designó la Corte Suprema en su momento, pero no por eso lo señalo, sino porque obviamente es una mirada no puramente partidista, en mi opinión. Y también es el modelo que tiene Italia, es decir, no es un modelo que se le hubiera ocurrido al constituyente en 2005.

Lo segundo, en cuanto a los mecanismos de control, en toda democracia hay mecanismos de control constitucional de las leyes. Vean ustedes lo que pasó en Estados Unidos con el Plan de Salud de Obama, que la Corte Suprema lo rechazó.

De la experiencia que yo tuve en el Tribunal Constitucional, puedo decir que en general el Tribunal resolvió las materias en forma jurídica y no alineado políticamente.

Un interesante estudio realizado en Estados Unidos –en Chile no se ha estudiado nada sobre esto– analiza cómo vota cada uno de los Ministros del Tribunal, y se confirma esta regla que me parece muy importante, donde Ministros que se suponen de una determinada posición no necesariamente están en línea con otros de distinta posición.

Además, el Ministro designado por el Tribunal siempre debe obedecer a ese principio clásico, doctrinario, que es el deber de ingratitud. Y designado, se independiza del órgano que lo designa, por eso precisamente no es reelecto. Esa también es la experiencia constitucional de Europa y América, por lo menos en los países en que ha dado cierta estabilidad.

En todo caso, donde no hay Tribunal Constitucional será la Corte Suprema quien resuelva esas controversias, aunque siempre hay un órgano que resuelve dichas controversias.

Voy a ir a las últimas reflexiones.

¿Qué aspectos considero relevantes precisar? Uno, me parece que un texto fundamental debe tener como mirada fortalecer y analizar los equilibrios adecuados del sistema político, y eso creo que es un tema esencial. Y habrá que ver cómo un presidencialismo excesivo, que se ha incrementado en Chile desde la reforma del 43, pasa a un adecuado equilibrio.

Dos, mecanismos de perfeccionamiento de autonomía judicial. A mí me parece que eso tiene que fortalecerse en un texto. Igualmente, respecto de la Contraloría. Creo que la función de toma de razón de la Contraloría no es bueno limitarla, sino que al revés, de manera que todos los actos tengan ese principio de validez, incluso en materias exentas como es el ámbito municipal. A su vez, al Tribunal Constitucional creo que hay que entregarle todas las contiendas de competencias, como ya lo propugnaba el ex Presidente Allende en 1973.

Respecto de los ciudadanos, evidentemente hay una clara necesidad de mayor participación de los ciudadanos y eso tiene que vincularse también con la necesidad de un sufragio que debe ser, en mi opinión, obligatorio. No se entiende una democracia en su verdadero sentido, del tiempo griego en adelante, sin un ciudadano que esté realmente comprometido con su polis. Pero ello también debe complementarse con la representación y los mecanismos de consulta o plebiscito, que, como sabemos, en Chile sólo están circunscritos a la reforma constitucional o en materia comunal.

Por último, en el ámbito de ciertos derechos, los derechos solo deben estar regulados por ley. Todavía el derecho a reunión sigue regulándose por norma de potestad reglamentaria.



En mi opinión, todos los derechos deben tener tutela constitucional. Pero en Chile, en los derechos sociales, siguiendo tendencias interamericanas y europeas, se recurre a derechos indirectos, esto es, a la igualdad ante la ley o al debido proceso.

Pero lo esencial, y con esto concluyo, es la necesidad de que efectivamente el ciudadano sienta como suya la Carta Fundamental.

Ya la Constitución de 1822 señalaba que

“la felicidad general se cifra en la observancia de las leyes, y éstas son vanas sin costumbres ni espíritu público”.

En la Germania, Tácito decía que

“Más importante que las buenas leyes son las buenas costumbres”.

El Presidente Arturo Alessandri, en el discurso que yo les recordaba, hacía referencia a que la ley no basta por sí sola para hacer la grandeza y la prosperidad de los pueblos. Es menester que los hombres tengan voluntad de cumplirla y que así lo deseen y sepan cumplirla.

En definitiva, la Constitución efectivamente debe ser un pacto, un acuerdo entre todos, y ese acuerdo tiene que generar consensos entre los distintos actores.

Como expresaba Churchill:

“Ese acuerdo va a significar que no necesariamente nadie se sienta absolutamente triunfador, y por tanto todas las posiciones quedarán suficientemente plasmadas en el mismo”.

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Gracias, profesor Navarro.

A continuación escucharemos el comentario del profesor Eric Palma González, quien es abogado y Magíster en Historia por la Universidad de Chile. Además, en 1998 obtuvo el grado de Doctor por la Universidad de Valladolid en España.

El año 2000 ingresó como académico a la Universidad de Chile, integrando actualmente el Senado Universitario en calidad de Senador. También es profesor titular en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en las asignaturas de Historia del Derecho y de Historia Constitucional.

Ha publicado libros en materia historia constitucional, y en educación pública ha publicado en los dos últimos años.



PROFESOR ERIC PALMA G.: Muchas gracias.

Como es preceptivo, agradecer antes que todo al señor Rector y al señor Decano por organizar este magnífico evento. Por supuesto, a la Directora del Departamento de Derecho Público y también al coordinador de esta iniciativa, el profesor Zúñiga, porque se trata de un enorme esfuerzo organizativo que esperamos se corone con éxito.

LA DEMANDA POR UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE Y NUEVA CONSTITUCIÓN ES UN ASUNTO “ANTIGUO”.

La demanda por una Asamblea Constituyente y Nueva Constitución es un asunto “antiguo”, incluso anterior y no necesariamente vinculado con el auge de los movimientos sociales de 2011. Se le detecta desde 1978 hasta nuestros días: Grupo de Estudios Constitucionales (Grupo de los 24); Frei Montalva en 1980; Alianza Democrática en 1983; Movimiento por la Asamblea Constituyente del año 2002; el planteamiento de la “operación constituyente” para una Constitución del Bicentenario de 2007 (autoría de Francisco Zúñiga); y la postura en 2009 del candidato a Presidente de la República Eduardo Frei Ruiz Tagle, en favor de una nueva Constitución y de evaluar la viabilidad de una Asamblea Constituyente.

De hecho mis comentarios a la ponencia del profesor Correa Sutil se inspiran en una perspectiva que vengo sosteniendo públicamente desde noviembre del año 2002, fecha en la cual como Movimiento por la Asamblea Constituyente, pedimos en carta abierta dirigida al entonces Presidente Ricardo Lagos, que convocara a una Asamblea Constituyente.

En ese entonces la Concertación de Partidos por la Democracia se embarcaba en el octavo intento por reformar la Constitución y alcanzar algunos de los objetivos que se trazó en 1988. La petición de Asamblea Constituyente no fue escuchada y se optó por una Reforma Constitucional Constituyente que se gestó en La Moneda y el Parlamento, y que fue presentada al país por un titular del Diario La Segunda, como una Nueva Constitución: la Constitución de 2005.

Dicha reforma, puede ser considerada un fracaso desde el punto de vista constituyente. Fue incapaz de generar “satisfacción constitucional”.

CONCLUSIÓN DE ESTA PRECISIÓN DE ENTRADA.

La demanda por una nueva Constitución y por Asamblea Constituyente fue masiva en la década de 1980, se debilitó en la década de 1990 como consecuencia de la opción por el reformismo; se revitalizó en la década de 2000 y es claramente mayoritaria en el tiempo presente. Desde entonces ha estado vinculada a una sustitución tanto de la parte orgánica como dogmática de la Constitución, es decir, de su andamiaje de instituciones políticas y su catálogo de derechos.

Mi primer comentario a la ponencia del profesor Jorge Correa es que comparto con él sólo una frase: “es necesaria una nueva Constitución”. Pero fiel a la demanda histórica gestada en la lucha contra la dictadura y no afectado por el Síndrome de Estocolmo, creo absolutamente legítimo proponer al país la “Constitución de la dignidad nacional”, es decir, una Carta Magna que exprese el derecho de autodeterminación del pueblo de Chile luego de que le fuera usurpada la soberanía por un golpe de Estado.

Es que su idea de nueva Constitución tiene muy poco que ver con una demanda que a estas alturas de la historia política nacional es “vieja”, y por lo mismo más o menos consolidada en su procedimiento y fondo.

La suya, como veremos luego, es en definitiva una “postura nueva”, configuradora de un movimiento que empieza a cobrar cierta importancia y que puede denominarse como constitucionalismo reduccionista o mezquino.

De hecho, en una lectura más profunda, uno podría concluir que la postura de Jorge Correa tiene más puntos de contacto con los que sólo aspiran a reformar la constitución, que con los que vienen defendiendo hace décadas la demanda por una nueva Constitución.

El profesor Correa puede ser considerado una variante de los reformistas, corriente esta última a la que denomino Constitucionalismo tipo Estocolmo.

Recordemos como describe la literatura especializada el Síndrome de Estocolmo

- *Sentimientos positivos de la víctima hacia el abusador/controlador.*
- *Sentimientos negativos de la víctima hacia familiares, amigos, o autoridades que tratan de rescatarlos o apoyarlos en su liberación.*
- *Apoyo a las conductas y sentimientos del abusador.*
- *Sentimientos positivos del abusador hacia la víctima.*
- *Conductas de apoyo de la víctima, a veces ayudando al abusador.*
- *Incapacidad para llevar a cabo comportamientos que podrían ayudarla en su liberación o desapego.*

Llamo Constitucionalismo tipo Estocolmo a aquella posición adoptada por quienes no siendo partidarios del régimen cívico militar, incluso detractores del mismo y combatientes de la dictadura, han derivado en una defensa del texto constitucional y de la experiencia constitucional de la transición, en términos tales que hacen una tutela a ultranza del actual orden constitucional y su legitimidad.

El síndrome es de larga data en Chile. Se vincula a la legitimación y justificación de la vigencia de nuestras tres cartas constitucionales más longevas: la carta de 1833, 1925 y 1980. En todas ellas hubo una situación de abuso, más concretamente se gestaron en gobiernos de facto o auspiciadas por golpes de Estado. Los golpistas, auténticos criminales, privaron a los ciudadanos de sus derechos políticos y a la nación de su soberanía.

Se produjo un evidente maltrato. Sin embargo:

1. *Los maltratados se niegan a ver la flagrante violación de sus derechos;*
2. *Tienden a justificar los fenómenos.*
3. *Rechazan a quienes invocan la soberanía nacional y el ejercicio de los derechos políticos para definir la Carta Magna que*



ha de regirnos.

4. *Atribuyen méritos a dichas cartas y por ende a dichos regímenes de abuso.*
5. *Son incapaces de sumarse a su propio proceso de liberación.*

Siguen llamando a la Carta Otorgada, Constitución de 1980, y la defienden recurriendo a categorías construidas para defender constituciones que expresan de manera auténtica la soberanía popular.

Así las cosas, se termina gestando toda una literatura constitucional que perdiendo de vista el crimen inicial y la proyección en el tiempo de sus efectos, origina un auténtico Constitucionalismo tipo Estocolmo.

Son estos constitucionalistas, estos políticos y estos generadores de opinión pública, los que ven como una amenaza a la obra de su “carcelero”, el cabal ejercicio de los derechos políticos y de la soberanía nacional, y se oponen a que se verifique el principio fundamental que hace legítimo el orden constitucional y que ha sido gravemente dañado por dichos criminales políticos en la historia nacional, a saber, el ejercicio del poder constituyente originario y del derivado constituido por ese poder originario auténticamente legítimo. Se oponen con distintos argumentos a la propuesta de nueva Constitución hecha por la Nueva Mayoría y al recurso a la Asamblea Constituyente.

El Constitucionalismo tipo Estocolmo se niega a ver el elemento “remedial”, que configura su liberación del abuso: la acción del poder constituyente originario o el derivado auténtico. La defensa de una Constitución de derechos civiles y políticos supone aceptar que sea el poder constituyente originario o el derivado auténtico, es decir, el establecido por el originario no por un golpe de Estado, el que defina las características centrales de la Constitución.

Luego, para evitar caer en el síndrome del constitucionalista tipo Estocolmo, es necesario reconocer que incluso en la variante de nueva Constitución sin DESC (derechos económicos, sociales y culturales, sin justiciabilidad de derechos y sin jueces activistas, se requiere la participación del pueblo soberano, que al ejercer su derecho a darse una Constitución, ejerce sus derechos políticos.

Nuestro distinguido colega Jorge Correa ha agregado en las últimas semanas -y hoy ha vuelto sobre ello- nuevos argumentos para oponerse a la nueva Constitución que propone la actual coalición de Gobierno en su Programa y que implica un reencuentro con la historia y la ética política que sustentó la oposición a la dictadura.

En sus intervenciones ha señalado lo siguiente:

- *No existe un diagnóstico que justifique que “se ha andado mal con la que tenemos”.*
- *La crisis es de la política y no de los derechos, es decir, es de tal naturaleza que no se resuelve con nuevos contenidos dogmáticos en la Constitución, sino, con un arreglo institucional. Es más, no es propio de la Constitución el catálogo extenso de derechos. Consagrar los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) es “vender promesas falsas”. Por otra parte y muy vinculado con esto, “los jueces no son aptos para producir mayor igualdad”.*
- *La crisis del sistema político chileno no permite canalizar las “pulsaciones y anhelos ciudadanos”, e incorporar estas regulaciones a la Constitución, impedirá que la política se vuelva legítima, porque corresponde al Presidente y al Parlamento*



adoptar las decisiones políticas al respecto y no a la Constitución, ni a los jueces.

- *La nueva Constitución no puede consagrar ningún modelo. Debe quedar disponible a las “mayorías ocasionales” el que hacer con los desc. “El que ganó gobierna, lleva a cabo su programa y responderá, hasta que el electorado se canse y lo cambie”. Los derechos justiciables “no pueden limitar el poder de la política”.*

Para el evento que se insista en considerar la posición del panelista principal como parte de las fuerzas políticas que demandan una nueva Constitución y no como partidario del Constitucionalismo tipo Estocolmo, se hace necesario configurar para él y sus adherentes, dada la historia que tiene la demanda por una nueva Constitución, una categoría que facilite el análisis de su postura.

La suya no es una Constitución de derechos sociales, económicos y culturales. No es de Estado social y democrático de Derecho, sino de Estado Constitucional Clásico (a la manera norteamericana, donde en vez de consagrar el derecho a la salud o a la educación, se consagra el derecho a portar armas, y donde recién en agosto de 1965 hubo interés en garantizar los derechos políticos de los afroamericanos).

Al profesor Jorge Correa no le interesa la nueva Constitución del Movimiento por la Asamblea Constituyente de 2002, ni la de la “operación constituyente” propuesta por Zúñiga el 2007, o la nueva Constitución de 2009 de Frei, y menos la nueva Constitución del Movimiento Social de 2011 y de la Nueva Mayoría de 2014, menos una Constitución generada por una Asamblea Constituyente.

La suya es una propuesta nueva que genera una categoría que denomino Constitucionalismo Reduccionista o Mezquino, tanto en cuanto se trata de una variante que pretende limitar de entrada el debate constitucional en dos sentidos:

- a) Las materias a abordar;*
- b) Los convocados a abordar dichas materias.*

La nueva Constitución del profesor Correa no es semejante en su contenido a la que propone la Nueva Mayoría (que tiene puntos de contacto con la demanda gestada desde 1979 y de modo muy importante con la de 1983).

Su diagnóstico es que el problema de la crisis institucional que vivimos es de tipo político o del elemento orgánico de la Constitución, y que por lo tanto la Constitución será nueva en tanto introduzca innovaciones en esta materia. Esta Constitución, dice el profesor Correa, es la única que puede ser catalogada como mejor que la existente y la única que servirá a la crisis institucional que se vive en el país.

Construye una suerte de legitimidad para su propuesta a partir de la defensa de la política, en términos que plantea que el contenido de la nueva Constitución propuesta por la Nueva Mayoría, generará áreas no disponibles para el debate político, en la medida que se establecerá un nuevo modelo constitucional.

Los dos problemas constitucionales que identifica como verdaderos, a saber, 1. La debilidad de la política y su control por el poder económico; 2. El accionar del Tribunal Constitucional para impedir políticas sociales, no requieren, a su juicio, del programa constitucional de la Nueva Mayoría.



Se da entonces una paradoja en su posición. Sostiene que la crisis se mueve en el nivel de la política, es decir, de los derechos políticos, pero se opone al ejercicio del máximo derecho político del que está dotado todo ciudadano, a saber, incidir en el ejercicio del poder constituyente. Si el problema actual es político institucional, corresponde al soberano, es decir al pueblo de Chile, en ejercicio de sus derechos políticos, acometer su solución.

Comparto con el profesor Jorge Correa entonces, como señale al inicio, sólo una frase: “es necesaria una nueva Constitución”. Pero, fiel a la demanda histórica gestada en la lucha contra la dictadura y no afectado por el Síndrome de Estocolmo, creo absolutamente legítimo proponer al país la “Constitución de la dignidad nacional”, es decir, una Carta Magna que exprese el derecho de autodeterminación del pueblo de Chile luego de que le fuera usurpada, no pocas veces en la historia, su soberanía por un golpe de Estado.

Me parece que la dicotomía política-activismo judicial, expresa una concepción errada de los fines del estado constitucional: el mismo no existe para resolver la división de poderes o funciones en favor del Congreso. Existe para garantizar los derechos ante el poder y para promover su máxima realización dentro del contexto nacional. La división de funciones o poderes es un medio que sirve a la mejor protección de los derechos.

Luego, si para proteger los mismos se requiere empoderar a la judicatura, no se daña con esta medida la finalidad del estado constitucional. De hecho una pugna entre Congreso y Judicatura que se centre en derechos de individuos o colectivos, debe resolverse en favor de los derechos y no pensando en las competencias privativas de dichos poderes.

Por otra parte, dejar a la política la protección de los DESC, supone generar condiciones para un ejercicio más o menos igualitario del derecho a elegir y ser elegido. Es decir, es condición de legitimidad de esta definición vía política y no vía Constitución o vía jueces, que el derecho de ciudadanía se ejerza por personas libres e iguales. Para ello se requiere de más garantías para los derechos sociales, económicos y culturales, y no de menos, como propone el profesor Correa.

La elitización económica de la política chilena, impide en la práctica que quienes requieren de protección participen en la definición del alcance de la misma. No serán mayoritariamente los pobres los que definan si el Estado o el Gobierno debe ser activo en la promoción de la igualdad de oportunidades. Ellos, a pesar de su ciudadanía, están privados del derecho a ser elegidos porque sus condiciones materiales no se lo permiten.

También creo relevante resaltar que la postura del constitucionalismo reduccionista o mezquino es contraria a la actual y dominante cultura de derechos humanos. Hoy por hoy se cree que no existe una dicotomía entre igualdad y libertad, es decir, que no hay una antítesis entre libertades y DESC. Muy por el contrario, son derechos complementarios. A vía de ejemplo, el derecho a la educación tiene una dimensión de derecho habilitante: sirve a la libertad y a la igualdad.

Claramente, la posición del profesor Correa es lejana a este Constitucionalismo tipo Estocolmo. Pero al configurar una nueva posición, en definitiva configura otra perspectiva a la que denomino constitucionalismo reduccionista o mezquino, básicamente porque no se quieren generar condiciones que estén acordes con la actual cultura jurídica ni con la actual cultura de derechos humanos.

Esa actual cultura de derechos humanos y esa actual cultura jurídica nos dice que libertad e igualdad son necesarias porque son complementarias. No habrá libertad sin igualdad, y no tendrá ningún valor esa igualdad sin libertad. Y eso exige una Constitución enriquecida de derechos civiles y políticos, y de derechos sociales, económicos y culturales.

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Con el comentario del profesor Palma damos por terminada esta primera sesión.

Agradezco nuevamente al señor Rector y al Decano por el apoyo a este ciclo, y la presencia en este acto del ex Presidente Lagos.

Gracias.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Una gran conversación por

CHILE

Proceso constituyente y
nueva constitución política



CAPÍTULO III / SESIÓN 13 DE AGOSTO DE 2015

PROCESO CONSTITUYENTE



PROCESO CONSTITUYENTE



SESIÓN 13 DE AGOSTO DE 2015

Expositor:

- *Profesor Pablo Ruiz-Tagle Vial*

Comentarios:

- *Profesor Eduardo Aldunate L.*
- *Profesor Jaime Bassa M.*
- *Moderadora: Profesora Ana María García Barzelatto*

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Buenas tardes, les doy la bienvenida.

Como Directora del Departamento de Derecho Público nos complace mucho la presencia de todos ustedes, y vamos a dar inicio al segundo panel de este Ciclo de Discusiones sobre Proceso Constituyente y Nueva Constitución Política.

En esta oportunidad, el tema a tratar será Proceso Constituyente, y la exposición estará a cargo del profesor Pablo Ruiz-Tagle, y los comentarios a cargo de los profesores Eduardo Aldunate y Jaime Bassa.

El profesor Pablo Ruiz-Tagle cursó sus estudios de derecho en esta Facultad, y luego obtuvo, el año 1995, su doctorado en Derecho por la Universidad de Yale.

Actualmente es profesor de las cátedras de Derecho Constitucional y de Introducción al Derecho, y ha estado durante largo tiempo a cargo de la Dirección del Programa de Doctorado en Derecho en esta Facultad.

Es autor de numerosas publicaciones, artículos publicados en revistas especializadas y libros, siendo uno de ellos que ha destacado “La República en Chile: Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano”, publicado en el año 2006 en coautoría con otro académico. Igualmente, su último libro “La Concepción Republicana de la Propiedad”, publicado en Madrid el año 2014.

Queda con ustedes el profesor Ruiz-Tagle.

PROFESOR PABLO RUIZ-TAGLE V.: Muchas gracias, profesora Ana María García. Muchas gracias a todos ustedes, a mis colegas profesores, al Decano y también a mis colegas académicos que van a comentar estas palabras.

En verdad, creo que no voy a decir nada nuevo, sino simplemente mostrar ante ustedes -no sé hasta qué punto- algunas ideas que alimenten la conversación en materia constitucional.



He preparado esta presentación que he llamado “Proceso Constituyente para una Nueva Constitución del Bicentenario y una sexta República Chilena”. Creo importante que pensemos el proceso constituyente en términos de objetivos que queremos lograr con él, y no como un proceso constituyente que se abre hacia cualquier resultado posible. El resultado debe ser la construcción de una nueva forma de vida política en nuestro país, básicamente expresada en lo que denomino y explicaré en esta exposición una “Sexta República Constitucional”, que se gobierna por medio de una Constitución que podríamos adoptar en una fecha próxima al año 2018, sin que el mes de enero ni diciembre de ese año signifique ciertamente un plazo fatal, sino que alrededor de esa fecha, que es precisamente la de la independencia de nuestro país.

En el año 2014, cuando la Presidenta Bachelet asumió el poder, emitió un fogoso discurso al frente del Hotel Plaza San Francisco. En ese discurso ella dijo

“Hemos hecho mucho, hemos construido del que podemos sentirnos orgullosos, con una economía sana, con una democracia estable, con una sociedad y una ciudadanía empoderadas y conscientes de sus derechos. Y justamente porque hemos construido todo esto es que hoy debemos imponernos un desafío mucho más alto. Debemos marcarnos un nuevo destino, y yo estoy al servicio de ese destino. Estoy al servicio de ustedes, compatriotas y mandantes, y es un privilegio estar acá encabezando la tarea de dirigir esta hermosa patria en un momento histórico”.

Y subrayo la palabra “momento”.

“Sí, histórico, porque en este tiempo Chile se ha mirado a sí mismo, ha mirado de frente su trayectoria, su pasado reciente, sus heridas, sus gestos, sus tareas pendientes, y este Chile ha decidido que es el momento de nuevo de iniciar transformaciones de fondo con responsabilidad y con energía, con amplitud y voluntad de diálogo, con unidad y determinación”.

Ese discurso marcaba el tono del inicio de la Presidencia de Michelle Bachelet, un tono que no sólo alcanzaba a sus partidarios, sino también a todas las fuerzas políticas, a la ciudadanía.

Particularmente, ese discurso hacía referencia a un concepto de momento histórico que yo traduciría en términos constitucionales por la noción de momento constitucional. Es decir, el tiempo de una transformación profunda.

Y en palabras Ackerman, ese gran constitucionalista norteamericano, que precisamente ha construido su visión de la historia constitucional norteamericana y ha tenido una enorme influencia en el pensamiento constitucional, existe un concepto de momento constitucional que tiene ciertos requisitos normativos republicanos, porque dice Ackerman que el poder constituyente en una democracia, implica ciertas formas de proceder particulares. Implica convencer, y aquí estoy leyendo a un número extraordinario de los conciudadanos para tomar la iniciativa propuesta en materia constitucional, con una seriedad que normalmente no le asignan a la política normal. Se trata entonces de un momento extraordinario.

En segundo lugar, debe permitirse a los opositores una justa oportunidad para organizar sus propias fuerzas.

En tercer lugar, debe convencerse a la mayoría de los conciudadanos para que apoyen su iniciativa al mismo tiempo que

sus méritos son debatidos una y otra vez en el foro deliberativo previsto para los casos de legislación suprema constitucional”.

Son requisitos de participación, de deliberación de las fuerzas opositoras, y ciertamente tenemos que cumplir si queremos avanzar en un proceso constituyente democrático, republicano, que no es fácil de cumplir en un periodo muy extendido.

Ackerman en otra de sus obras ha definido esta idea del momento constitucional como periodos largos de elecciones, de decisiones judiciales del tribunal constitucional, que pueden durar dos, tres y más años a veces. Pero el requisito que él impone, del respeto a las fuerzas políticas, de la deliberación, es algo que tenemos que considerar particularmente mirando y considerando nuestra historia, porque nuestra historia ha tenido varios momentos constitucionales y varias constituciones y reformas constitucionales.

Pero en muy pocos casos esas constituciones y esos momentos constitucionales han cumplido con estos requisitos que establece Ackerman, estos requisitos democráticos republicanos.

Yo diría, en verdad, que una sola vez en nuestra historia, mirando nuestra historia constitucional, podríamos decir que tenemos un momento constitucional republicano democrático. Y ese momento, si miramos nuestra historia, se da en lo que podríamos llamar la Tercera República Constitucional, la República Liberal que se produce alrededor de 1860, como dice Julio Heise. Otros autores la sitúan en la generación constituyente de 1870, cuando mediante leyes y reformas constitucionales la Constitución autoritaria de 1833 permite el paso de una república autoritaria, que es la República Portaliana de Prieto, Bulnes y Montt, a una República Liberal que se extiende hasta 1924, con la sola interrupción de la guerra civil del año 1891, que dirime una cuestión interna como es la preeminencia de la Presidencia de la República.

Si revisamos nuestra historia -brevemente en esta periodificación que les propongo- podemos ver que hay cinco momentos republicanos en Chile, y hay por lo menos tres momentos autoritarios, dictatoriales, que van creando distintas experiencias políticas en nuestro país.

La Primera República, la República Independiente, es una República que se propone el ideal del autogobierno. Ha caído, al fin, la Monarquía Española. Todavía los derechos tienen una connotación iusnaturalista. Casi no hay textos constitucionales sino hasta muy entrado este periodo constitucional.

De hecho, este periodo es interrumpido por la invasión española, que durante 4 años impone la lógica legitimista monárquica en nuestro país, y sólo en 1828 podemos decir que tenemos una Constitución verdaderamente estructurada, que es la Constitución que va a durar, antes de ser reformada, cuatro años, para precisamente dar origen a la República Autoritaria, que se inicia alrededor de 1830 y llega hasta 1860.

Luego viene la experiencia de la Tercera República. La Tercera República es el primer momento en el cual Chile se da a sí mismo su derecho. Y Chile es el primer país de Latinoamérica, que se dicta códigos a sí mismo, y muchos de esos códigos son imitados en otros países. Se establece un Código Civil, un Código de Comercio, códigos de procedimiento, que se dictan en un parlamento sudamericano y que se imponen para sustituir la legislación española.

Esta República Liberal dura hasta 1924, cuando se suceden una serie de golpes militares, asonadas y movimiento confusos de todo tipo. Alguno incluso se denomina República Socialista, pero en verdad son dictaduras militares. Esto hasta el



año 1932, cuando se abre en Chile el periodo de la Cuarta República, la República Democrática, que tiene también un origen autoritario en cuanto a lo que es la instalación de su Constitución, la de 1925, donde intervienen de una manera desproporcionada los militares, y además es una reforma de la Constitución del 33, que es a su vez es una reforma de la Constitución de 1828. Por eso el profesor ya fallecido de esta Facultad, don Manuel Salvat, decía que la Constitución de 1828 era la única Constitución que habíamos tenido en Chile y todas las demás habían sido reformas de esa Constitución.

Bueno, en 1973 tenemos un periodo de dictadura y de un constitucionalismo autoritario antirrepublicano, que propone una forma de regreso a lo que podríamos llamar una República Autoritaria.

Y sólo a partir de 1990 se inicia la Quinta República, que puede caracterizarse como una República Neoliberal, en cuanto a la forma de los derechos y neo-presidencialista en la estructura del poder, por el exceso de poderes y atribuciones que se entregan a la figura del Presidente de la República, que ha ido aumentando cada vez más sus atribuciones con cada reforma al régimen de Gobierno. Se trataría, entonces, de pasar de una República a otra República, que sería el proyecto del Estado Social y Democrático de Derecho, donde tuviesen una mayor fuerza los derechos económicos y sociales, y donde hubiese un mayor equilibrio de la figura del Presidente de la República con los otros órganos constitucionales, con el Congreso y sobre todo con el sistema de control constitucional.

En la generación constituyente de 1870, que ustedes ven fotografiada, pueden ver un montón de caras de unos señores con barba, y ahí están Vicuña Mackenna, Bilbao, los hermanos Amunátegui. Son todos de una homogeneidad barbada, social, bastante significativa.

Sin embargo, cuando uno lee la descripción que hacen de ellos los hermanos Justo y Domingo Arteaga Alemparte, en su famoso libro y obra “Los Constituyentes de 1870”, se da cuenta de que ellos no son muy distintos a nuestros parlamentarios de hoy; que tienen defectos muy semejantes. No hay que esperar que venga una clase especial de políticos que bajan del cielo con una túnica, que tienen olor a jazmín y que van a venir a hacer una nueva forma de vida política.

El mejor proyecto, el más exitoso de nuestra historia, se hizo con personas muy parecidas a las que tenemos hoy día sentadas en los órganos de representación democrática en el Senado y en la Cámara de Diputados. ¿Por qué no podemos pensar que con ellos mismos se puede realizar el proyecto? No digo que tengan todas las tareas a su cargo; no digo que no deba haber una actividad ciudadana, ya vamos a hablar de eso. Pero se hizo ya una vez en Chile, de manera pacífica.

Isidoro Errázuriz, que era uno de los que estaba sentado ahí decía

“En esta época, 1860, 1870, se produjo una segunda independencia en Chile”.

La verdad es que creo que podemos aspirar a construir una nueva Constitución. El desafío es grande, ¡el desafío es grande! Tenemos una experiencia política durante la dictadura de dos fuerzas. Creo que esta imagen dice más que mil palabras. Dos fuerzas tremendas que son lo que podríamos llamar la estructura, la viga maestra del Estado, los militares y por otro lado un grupo de chilenos que se han sentido por muchos años amenazados por la democracia, amenazados por la República, generan lo que podríamos denominar un “constitucionalismo del miedo”, del miedo a la democracia, del miedo a los derechos, del miedo a las mayorías, que es lo que tenemos que superar. Al que le interese saber más de esto puede consultar mi libro y muchas otras obras también.



¿Por qué necesitamos una Nueva Constitución? Yo he listado tres grandes causales, motivaciones. Es cierto este argumento de que nace en dictadura, pero podríamos decir que las leyes fundamentales de Bonn, de Alemania, se las impuso el comando aliado a los alemanes y siguen viviendo bajo ella. El problema más serio de nuestra Constitución no es su origen, sino su incapacidad de legitimarse como nuestra Constitución.

En todos estos años -¡en todos estos años!- y ya lleva muchos años, ha sido reformada más que ninguna otra Constitución. Más de 120 reformas --parches por todos lados-- y todavía la vemos como extraña. En un libro uso una imagen: la vemos como un perro en una iglesia. No estamos cómodos con ella, no entendemos de qué se trata y la vemos como una Constitución foránea.

Además, su contenido tiene un ADN autoritario, que aunque reconoce los derechos económicos y sociales no los garantiza adecuadamente. Son derechos importantes, porque en un país con tanta desigualdad, con el Índice de Gini que tenemos, hace la diferencia a estar arriba o debajo de la línea de pobreza, si es que a uno le reconocen o no un derecho a educación, salud, trabajo, seguridad social. No es una cuestión teórica de los profesores de Derecho Constitucional. Separa la política y las organizaciones sociales por este concepto corporativista, gremialista, que está en el Artículo 23 y en otras disposiciones de la Constitución; refuerza el presidencialismo autoritario.

Cuando Alberdi comentó la Constitución del 33, dijo que el rasgo principal era que tenía un exceso de atribuciones el Presidente, que quizá eso se justificaba porque estábamos en una época de formación de nuestro Estado y entonces esa energía era necesaria para construir el Estado.

Pero resulta que la Constitución del 33 concentró más poder, y la del 25 más poder en materia económica. Y aunque se criticó a Salvador Allende porque supuestamente se había excedido en sus atribuciones, cuando se instala la Constitución del 80 se entregan todavía más atribuciones al Presidente que las que tenía bajo la Constitución del 25.

Entonces, vamos en una línea infinita de concentración de atribuciones en el Presidente, que al final hace muy difícil lograr que el sistema sea un sistema republicano en el que participan varios y no una especie de monarquía disfrazada, que no funciona. Da poder sin responsabilidad equivalente a órganos tales como el Tribunal Constitucional, el Banco Central. Quizás en estas materias vamos a estar en desacuerdo, pero pienso que deberían ser objeto de acusación constitucional, obviamente con causales, de una manera especial, pero el que tiene poder en una democracia constitucional tiene que responder, tiene que ser responsable. Además, instala la doctrina de la Seguridad Nacional.

En cuanto a las omisiones, no reconoce a los pueblos originarios; no descentraliza el poder; permite la reelección ilimitada de cargos; permite la incumbencia, el nepotismo. Yo subrayaría el nepotismo, porque en nuestro sistema político el nepotismo es una vergüenza, es una vergüenza, ¡es una vergüenza! Estoy hablando como Fidel Castro.

Además, no es inclusiva respecto a los grupos marginados; no consagra a la mayoría; en fin, da una ventaja y no promueve las bases del Estado Social y Democrático de Derecho.

¿Qué contenidos se han discutido? Aquí he hecho un resumen. Se trata de cuestiones bien centrales, pero no son infinitas. De lo que se ha hablado es de los derechos económicos y sociales, no de reconocerlos, ya que la mayoría de ellos están reconocidos en la Constitución. Quizá habría que agregar –en esto puede haber diferencias– el derecho a la vivienda, quizá en un inciso y ni siquiera con un numeral nuevo. Lo que habría que hacer es ver la forma de garantizar esos derechos.



Creo que en esta materia hay propuestas razonables de asimilar la garantía de estos derechos a lo que es la garantía del medioambiente libre de contaminación, es decir, que sea una acción imputable a una autoridad determinada y con la necesaria infracción de ley. Con esos tres requisitos creo que no sería tan dramático abrir la acción de protección a los derechos económicos y sociales.

Ya mencioné reconocer los pueblos indígenas y los derechos sobre agua y tierra; reformar el régimen de Gobierno. Básicamente hay dos opciones en juego: semipresidencialismo, flexibilizar el presidencialismo y modificar el bicameralismo por unicameralismo; equilibrar la relación entre Presidente y Congreso; reforma municipal y regional; eliminar la idea de seguridad nacional y su consejo; reformar los partidos políticos y reducir el nepotismo y la incumbencia y responsabilizar y ordenar el sistema de control constitucional.

¿Qué sujetos deberían participar en este proceso constituyente? Aquí me remito a lo que dice la Constitución y lo que estamos viendo. Hay un poder constituyente radicado en el Presidente y en el Parlamento. Pero además hay lo que podríamos llamar un poder de control constitucional constituyente. El Tribunal Constitucional, por ejemplo, se puede pronunciar siempre sobre las reformas constitucionales, sobre todas, de cualquier naturaleza que sean. Se pronuncia también la Contraloría. Algunos proponían un decretazo y cosas así, pero parece que no sabían que existe un ente que se llama Contraloría en Chile y que obviamente interviene en estas materias. También puede intervenir el Tribunal Calificador de Elecciones en caso de que haya referéndum.

Hay también un poder constituyente ciudadano, que se puede expresar y se ha expresado antes, durante y después del proceso de cambio constitucional.

Yo he propuesto esta idea de la comisión para usar poca energía en el proceso y usarla más en la discusión de los contenidos, y darnos tiempo y calma. Esta idea de la comisión, que para descalificarla muchos la llaman la “Comisión de los Expertos”, diciendo estos no tienen nada que hacer y es una propuesta absurda. Bueno, el Artículo 32, Número 6, que se ha usado para nombrar la Comisión Valech, la Comisión Rettig, podría usarse para hacer algo que sería un proxy de una Asamblea Constituyente, mezclando expertos con políticos y ciudadanos. Y hay un poder funcional, un poder fáctico, también, podríamos llamarlo académico -aquí tenemos varios-, hay un poder empresarial, religioso, militar y territorial.

Y ojo, también llamaría la atención sobre un poder destituyente. ¡Hay un poder destituyente! Están operando un grupo o por lo menos dos grupos de personas -en la derecha y en la izquierda- que no les gusta este sistema que tenemos. No les gusta ningún otro sistema constitucional y democrático y descalifican toda posibilidad de resolución racional. Aquí hay personas que quieren tener una organización política que no tiene para nada los rasgos de una democracia representativa constitucional, que ciertamente aprovecha este momento -hay que tenerlo computado en la ecuación- para avanzar en un proceso constituyente.

¿Cuáles son los procedimientos? Aquí simplemente hay un listado que se pueden usar, y yo en estas materias creo que hay que usar todos los procedimientos.

Hoy día el Presidente Lagos en la Moneda -parece que está instalado en La Moneda- desde ahí dijo que todos los procedimientos estaban perfectamente validados, que no había uno que por definición fuera mejor que el otro. Yo encuentro razonable esa mirada de pensar en los procedimientos y analizarlos desde el punto de vista académico, pero la



decisión -quiero decirlo bien claro- es una decisión política. Y en una democracia constitucional compete a los partidos políticos y a las fuerzas políticas, al Gobierno, a la oposición, en una conversación en la que los ciudadanos obviamente pueden intervenir y tener opinión, pero la decisión es una decisión política, no es una decisión teórica.

Aquí no hay una ecuación, no hay una bala mágica de plata que nos va a permitir decir ah, el mejor procedimiento es la Asamblea Constituyente. No existe eso. El que crea eso cree en el Viejo Pascuero Constitucional, y no existe el Viejo Pascuero Constitucional. De hecho, las asambleas constituyentes son de mil formas, como podemos ver en el estudio de las mismas.

Bueno, reforma total o parcial, mutación –ya voy a explicar brevemente lo que es la mutación-, interpretación constitucional, comisiones constituyentes en cada cámara o comisiones bicamerales, obligados a congresos constituyentes, referéndums y plebiscitos.

Hay un trabajo de Francisco Soto sobre esta idea de hacer un referéndum para decidir si debería haber una Asamblea Constituyente o una Comisión de Expertos o una Comisión Bicameral. Eso es lo que en teoría de los referéndums se llama una invitación o elección especial de referéndum y están totalmente criticados por la doctrina como sujetos u objetos de manipulación.

Si hay un referéndum del punto de vista de la teoría democrática constitucional de los referéndum, que hoy existe en Europa y en otros países, debería hacerse después que haya un texto para decidir entre una, más o tres opciones de proyectos constitucionales. Pero no hacerlo antes. Hacerlo antes es perder mucha energía política, y además tiene un montón de cuestionamientos desde el punto de vista de lo que significa, que implica en verdad una especie de bonapartismo constitucional, porque es intervenir de una manera anticipada en la decisión procedimental.

La Asamblea Constituyente tiene varias formas. Muchos de los que hablan de Asamblea Constituyente todavía no producen un texto que definan en qué términos va a ser esto. La Asamblea Constituyente desde el punto de vista teórico es un instrumento de representación, no de participación. Ojo: es representativa. Es para crear una representación alternativa al Congreso o a los órganos comunes, ordinarios, para que estos no tengan tanto poder. Esa es la razón. Si esas son razones que aceptamos, tenemos que crear una Asamblea Constituyente. Pero no es para participar.

En la Asamblea Constituyente Democrática, al menos se eligen representantes. Y si hay representantes, hay representación. Hay asambleas no previstas, como en el caso de Ecuador, y otras que ya son francamente revolucionarias, y eso es en la línea de lo que podríamos llamar el poder destituyente.

El concepto de mutación constitucional, que está en la obra de Lowenstein, me parece de la mayor importancia.

Creo que nuestro texto constitucional está instalado en un contexto político en el cual ya se lee distinto. Voy a poner un ejemplo, aunque hay muchos otros. Pero creo que hoy día a ustedes no les cabe ninguna duda de que al menos la cláusula de la Constitución que dice “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, cuando se lee familia por lo menos se acepta que hay dos, tres o cuatro versiones de este inciso, ya que hasta hace muy poco había una visión unívoca de que cuando se hablaba de familia -y recuerdo un debate que tuvimos con Enrique Navarro- precisamente se hablaba de familia matrimonial. Esa idea de que familia es familia matrimonial todavía sigue vigente -hay que reconocerlo- y es sostenida por un grupo muy significativo de personas, de estudiosos del Derecho Constitucional, pero ha surgido -diría por mutación constitucional- la idea de que familia es mucho más que una noción matrimonial que es una relación de



parentesco por afinidad y que pueden haber familias uniparentales, familias, de toda clase de relaciones de parentesco mucho más abiertas, y la jurisprudencia constitucional está empezando a reconocer esa mutación.

Es nada más que un ejemplo, porque alguna vez traté de explicar esto de la mutación y no fue posible ponernos de acuerdo, así que pongo ese ejemplo para decir que la Constitución, la misma Constitución que tenemos la podemos leer de una manera distinta y eso es algo bien significativo cuando estamos embarcados en un proceso constituyente.

Finalmente, volvamos a la Presidenta, porque estamos todos esperando qué va a hacer ella en septiembre, como esperando a Godot. Es interesante revisar lo que ella dice. En junio de este año, en Roma, dijo algo bien parecido a lo del comienzo de su mandato que les acabo de leer, pero tiene un tono distinto, y quiero remarcarlo.

Dice

“En las últimas tres décadas, mi país vivió un fuerte proceso de modernización. Pero fue una revolución económica y tecnológica incompleta. Las relaciones sociales, laborales y políticas, como los derechos de las personas y las instituciones políticas, no se han modernizado con la misma rapidez. Los ciudadanos sufrieron estos atrasos y eso explica el malestar social de estos meses. Renovar las bases sociales, políticas y económicas del desarrollo, para avanzar en una modernización socialmente inclusiva es lo que está en la base de nuestro programa de Gobierno.”

Aquí vemos un discurso un tanto menos fogoso, un tanto más crítico de lo que se hizo en los veinte años. Ustedes recuerdan el discurso que les leí al comienzo. Decía

“Lo hemos hecho tan bien que tenemos derecho a saltar hacia una nueva etapa”. Aquí hay una cierta duda, una duda de que en realidad ha habido defectos y que esos defectos se refieren particularmente a las instituciones políticas.

La Presidenta Bachelet es un actor principalísimo en esta materia constitucional, pero ciertamente que no es el único y exclusivo sujeto que debe intervenir. Ya revisamos eso. Están los parlamentarios; está la clase política; está la ciudadanía; está la opinión pública, y espero francamente que pueda generarse un debate constitucional en los términos que propone Ackerman, en los términos respetuosos de la deliberación en que se acepta no sólo la existencia del contrincante, sino que se lo invita a discutir de manera cándida, abierta, ingenua, las ideas que puede tener, con la esperanza de que en el proceso se puede producir una persuasión mutua y se puedan convencer unos a otros de cuáles son los mejores argumentos.

Eso es realmente lo que quería proponerles y espero que esto sea un buen aliciente para la conversación.

Muchas gracias por su paciencia.

...Aplausos



PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Gracias, profesor Ruiz-Tagle.

Corresponde el comentario del abogado Eduardo Aldunate Lizana, quien es profesor de la Universidad Católica de Valparaíso. Es Doctor en Derecho de la Universidad des Saarlandes en Alemania; y no sólo es profesor de Derecho Constitucional en el pregrado, sino que también en el postgrado en varias universidades.

Es autor de varias publicaciones publicadas en revistas especializadas sobre Derecho Constitucional, sobre Derecho Procesal Constitucional y sobre Interpretación Constitucional. Además es autor del libro “Derechos Fundamentales”. Actualmente es Director de la Academia Judicial.

Tiene la palabra, profesor Aldunate.

PROFESOR EDUARDO ALDUNATE L.: Muchas gracias por la invitación, profesora.

Cuando uno va a comentar ponencias tiene dos alternativas, una es más cómoda que otra. La más cómoda es traer una especie de cartita bajo la manga o en el bolsillo, en que uno va a soltar su *speech* y se desentiende del expositor principal. O quiere hacer la tarea y se expone, porque espera hasta escuchar, aunque el profesor Pablo, Ruiz-Tagle muy gentilmente -me alegro mucho volver a encontrarme con él después de muchos años- nos remitió la presentación power point. Pero una presentación power point no dice mucho hasta que uno no ve el espíritu que la anima.

Quisiera, entonces, tomar esa segunda posibilidad y les pido excusas, porque muy probablemente mi exposición sea algo errática, desordenada. Espero no inconexa ni incongruente, porque la armé mientras escuchaba al profesor Ruiz-Tagle, y no soy muy bueno para hacer dos cosas al mismo tiempo.

Lo primero que quisiera decir es que estamos curiosamente de acuerdo en varios puntos. Me sentí un poco tocado con el tema de la “homogeneidad barbada”, porque el profesor Bassa hace un tiempo usa una barba corta, entonces no sé si estamos a medio camino, una suerte de mutación barbada. Pero bueno, espero que lo de la homogeneidad barbada no necesariamente tenga una connotación negativa.

Lo segundo es que estoy absolutamente de acuerdo en cuanto a la responsabilidad, porque hubo un pequeño cruce o pase al tema de que en una república toda persona que tiene poder debe responder. Uno podrá discutir sobre la forma de hacer efectiva esta responsabilidad, pero de hecho creo que es uno de los déficits que tiene nuestro sistema en términos de cultura política. Hoy día cualquier persona puede decir “asumo la responsabilidad por ello”, y sin embargo eso en términos prácticos no significa nada. Creo que incluso alguien escribía sobre ello hoy día en El Mercurio. O sea, la palabra ha devenido en absolutamente vacía.

¿Qué quisiera comentar? Primero, de la presentación que el profesor Pablo Ruiz-Tagle nos hace diría que si uno se remonta a hace algunos meses o quizás a un año, ha ido cambiando un poco el matiz. Constato que ha ido cambiando el matiz, porque al parecer—si yo no entendí mal— hubo un momento en que el énfasis estuvo muy puesto en que era relativamente irrelevante el contenido de la Constitución y lo importante era el procedimiento para llegar a ella. O sea, que pudiéramos llegar a un procedimiento verdaderamente democrático, así fuera que incluso pudiéramos llegar a adoptar, en algún momento, los contenidos de una Constitución que ya hubiéramos tenido.

Pero cuando veo las diapositivas del profesor Ruiz-Tagle, noto una concentración importante en términos de que



Chile necesita una nueva Constitución, por temas de contenido, por temas sustantivos. Hay alguna referencia a que la Constitución tiene un ADN autoritario, pero esencialmente son necesidades en términos sustantivos. Así que yo diría que aquí hay un primer cambio.

Entonces, pasamos quizás del porqué de la ilegitimidad del contenido a qué es lo que queremos, pero creo que ese cambio no es inocente.

Aquí aprovecho de decir algo. Voy a tratar de hacer bien mi trabajo, aunque en principio, por mi tendencia personal, políticamente pienso más bien que las constituciones uno debiese cambiarlas cuando la Constitución se transforma en un traje que a uno le queda incómodo en términos de lo que todavía puede hacer el proceso político. Creo que el proceso político en Chile puede hacer todavía muchísimas cosas dentro de esta Constitución. Podría incluso construir un tremendo sistema de estado social sin necesidad de cambiar la Constitución.

Entonces esto es un poco como las parejas que están teniendo alguna crisis matrimonial o de relación, o acuerdo de unión civil. (Luego vendrá el acuerdo de unión comercial, espero, para que también haya otra rama, y el acuerdo de unión constitucional). Pero claro, entonces dicen, mire, para solucionar el problema vamos a hacer un viaje o en el mejor de los casos nos vamos a cambiar de casa.

Mire, si el problema es otro. No es la casa. O usted la casa no la ha ocupado completa todavía, tiene un extenso jardín, todavía tiene un par de piezas. Siempre le pregunto al profesor Zúñiga aquí presente, bueno, y si hay tanta desigualdad por qué no hay un proyecto de ley para elevar los salarios del sector privado, que la Constitución permite. Contrario quizás a un modelo neoliberal, podemos discutirlo, pero quería decir esto antes, porque luego, a continuación voy a decir: bueno, si queremos el cambio constitucional, puestos al proceso constituyente, bueno, hagámoslo bien.

Entonces ahí la pregunta por el método es muy relevante.

El profesor Ruiz-Tagle ha presentado unas diapositivas, y primero dice “los sujetos que participarán en el proceso Constituyente”. Hay una serie de sujetos, dentro de ellos el poder ciudadano, y me hago una pregunta, porque esa pregunta no es trivial. O sea, es una pregunta o una consulta mía, uno no podría despacharla tan sencillamente, porque lo primero que me pregunto -y estaba dentro de los elementos que mencionaba- es quiénes hemos atizado este momento constituyente. ¿Los académicos? Esta historia se remonta a antes del 2005. En algún momento y durante mucho tiempo los partidos políticos y eventualmente un programa de gobierno toma esta idea, y claro, es una idea atractiva, suena sexy, si se me permite el término, nos dicen, mire, nos vamos a cambiar de casa. Maravilloso, quiero una casa más bonita.

Pero la pregunta ¿es por la ciudadanía? No digo que no voy a recurrir a la especie de cliché de que en realidad la ciudadanía no está preocupada. Muy probablemente puede estar preocupada. Pero ¿qué ciudadanía? Creo que la pregunta por el método parte por esa cuestión. Porque ahí hay cuestiones que no son secundarias. ¿Los chilenos en el extranjero?, ya que les hemos dado voto, no podemos olvidarnos. Y si es así ¿qué legitimación tendrían entonces para decidir ellos lo que quieren. ¿O si no, les tenemos que decir mire, a ustedes les dimos voto, pero no se sientan invitados a este proceso Constituyente? Por favor aclaremos el punto.

Segundo, esta es una de las definiciones básicas. Fíjese usted que en los grandes procesos constituyentes de la historia, la primera pregunta es quién puede constituir. Bueno, los extranjeros no. ¿Y por qué no? ¿Por qué no? Si uno dice es que tenemos



que reconocer los derechos de los pueblos indígenas como realidades especiales, bueno, entonces a lo mejor los extranjeros que viven en Chile tendrán algún derecho a decir algo, no son una cantidad menor. Son 400.000 personas. Pueden tener un voto interesante. O decimos mire, no nos interesa. Pero preguntémosnos. Y algunas otras cosas bien interesantes.

Fíjese usted que muchas o algunas de las políticas públicas, al menos en materia de educación en el último tiempo se han hecho sobre la base de que responden a demandas ciudadanas. ¿Pero qué ciudadanos han producido esas demandas? Si lo miramos en números, muchas veces son personas menores de 18 años. Entonces, vamos a decir mire, vamos a mantenernos en los 18 años, ¿por qué? ¿Porque eso lo dice la Constitución? Perdón, estamos en un proceso constituyente, si vamos a hacer la pega –yo ya he dicho que no estoy por esto–, pero si vamos a hacer la pega y le hemos dado en algún momento oído, le hemos prestado oídos a quienes salen a la calle con menos de 18 años, bueno, no es una cuestión irreal pensar en 17 o 16 años. ¿Por qué no? Hay proyectos que ahora me dicen que el menor de 18 años va a poder entrar solo al médico. Y yo sigo siendo el papá, sigo siendo el responsable. Entonces ésta es como la dicotomía que tenían los norteamericanos (menores de 21) cuando se los mandaba a Vietnam pero no se les permitía tomar cerveza en un bar. Tengamos alguna congruencia.

Yo creo que ahí hay una pregunta. Y la pregunta es básica también. Algo de esto la Presidenta dejó entrever, y pienso que es un tema fundamental, pero no es para un mes. Me alegro que el profesor Ruiz-Tagle esté pensando en procesos más largos.

Es lo que decía Condorcet: antes de constituir la nación o antes de constituir a la República, hay que constituir al ciudadano. Porque de lo contrario, y esto lo sabe cualquiera que haya sido dirigente estudiantil o de cualquier tipo, es muy fácil utilizar el proceso constituyente para legitimar procesos de decisión de una minoría con pretexto de participación ciudadana. ¿Por qué? Porque yo manejo la información, convoco, y es maravilloso. Yo fui dirigente estudiantil y era maravilloso poder decir “los alumnos votan y han votado así”. Pero uno también sabía que lo que los alumnos votaban dependía exclusivamente de que la información que uno aportara y el contexto fuera permeable, fuera transparente. Y uno veía cómo votaban aquellos a los cuales no se les daba suficiente información.

Entonces, la pregunta es, y lo hago muy abiertamente ¿Queremos un cómodo ejercicio en que los académicos, intelectuales, algún grupo de personas profesionales que tienen acceso a un mayor nivel de cultura, apelan a un gran contingente ciudadano, que por sus condiciones de vida -esto ya es Hermann Heller, un autor importante- no puede, quizás, tomarse el tiempo? Porque no sé si el proceso constituyente aquí involucra algunos días feriados para que las personas participen en esas asambleas, y entonces legitimamos el proceso. O sea, muy interesante: mire, nosotros somos los miembros del club en un sentido amplio, hacemos un ejercicio de autosatisfacción legitimatoria, como se quiera, y convocamos al pueblo de alguna manera, de algún modo. Mire, sabe que no me pregunte tanto, porque después de una pregunta viene otra pregunta. Sabe que no me pregunte tanto porque no tenemos tiempo, y si nos dedicáramos a esto estaríamos 20 años en el proceso constituyente, entonces no.

Entonces creo que ahí hay que hacerse algunas preguntas que son importantes. O sea, si realmente la crítica es que lo que hay que cambiar de la Constitución esencialmente es su ADN, porque no fue un ADN democrático, la pregunta fundamental sería ¿bajo qué condiciones la ciudadanía -primero decidamos bien qué ciudadanía- bajo qué condiciones la ciudadanía en general va a tener acceso a la información, al tiempo y a las condiciones de debate que nosotros queremos para cambiar ese ADN? O seamos honestos y digamos mire, lo que pasa es que hubo aquí un momento, no me acuerdo



cuál era el nombre, de constituyente autoritario militar, o no constituyente, y lo vamos a cambiar por un momento constituyente pseudo-participativo, académico y partidario. A lo mejor estoy siendo un poco extremista, pero repito, creo que la idea aquí es plantearse las preguntas.

Con esto paso a lo último, el profesor Ruiz-Tagle pasó cuenta de los procedimientos a considerar durante el proceso constituyente, y yo diría que allí hay un tema fundamental, y es un tema fundamental. Cualquiera que haya estudiado la génesis de la Constitución del 25, se va a dar cuenta de lo siguiente. El verdadero momento crucial de todo proceso constituyente es la definición del método, del proceso constituyente en sus últimos detalles, hasta la definición de cómo se va a decidir la presidencia de la asamblea equis o del parlamento que va a tener la función constituyente. Eso lo sabía muy bien Alessandri, el primer Alessandri, cuando dice mire, primero vamos a tener una comisión que va a ver los contenidos y después va a haber otra que va a estudiar el procedimiento, y la del procedimiento de la asamblea nunca fue. Y en la que él estaba, en la comisión de contenidos estaba él, y a cada reforma que no le gustaba decía

“No importa, sigan ustedes, yo renuncio”.

Claro, y como veníamos de la experiencia de algunos meses antes, entonces la respuesta era: “no, no, no, por favor, señor Presidente” y así sacó la Constitución que sacó.

Entonces, la definición fundamental es la definición por el método. Y ahí una última pregunta que yo dejo abierta. Si realmente queremos que sea participativa -repito- quizás no sería mi opción política, pero puestos a constituir, la primera llamada sería a un referéndum sobre eso. Sería: “mire, dígame si quiero invitar a todos a un buen diálogo, qué forma de diálogo les satisface a ustedes”. Porque esa es la primera parte. O sea, si me dice: “sabe que nos vamos a juntar, usted va a escuchar a unas personas y al final de ese debate usted puede votar sí o no” yo diría mire, para ese juego prefiero quedarme con lo que tengo.

Quizás muy probablemente el profesor Pablo Ruiz-Tagle sabe más de esto que yo -y puede ser muy irresponsable lo que estoy diciendo- pero me hago la pregunta, y creo que la primera pregunta entonces es cómo yo incorporo, cómo yo hago congruente el reproche a un ADN autoritario con la necesidad de inclusión de quienes yo considero excluidos hasta ahora, en condiciones reales de participación. Esa sería mi pregunta.

Gracias

...Aplausos

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Gracias, profesor Aldunate.

A continuación, escucharemos al profesor Jaime Bassa, quien es profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso y además es Presidente del Departamento de Derecho Público de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

Además, es Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona y autor de numerosas publicaciones. Entre ellas, del libro “El Estado Constitucional de Derecho: efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales”.



Tiene la palabra, profesor Bassa.

PROFESOR JAIME BASSA M.: Muy buenas tardes.

Antes de empezar, ciertamente lo primero es dar las gracias. Siempre es un agrado visitar esta Escuela. Agradecer la organización de este ciclo a la profesora Ana María García y al profesor Francisco Zúñiga. Me alegra también compartir esta mesa con el profesor Pablo Ruiz-Tagle y con el profesor Eduardo Aldunate, y ver tantas caras conocidas y desconocidas también en el auditorio.

Yo también corrí el mismo riesgo del profesor Eduardo Aldunate. No tengo nada preparado, lo que no quiere decir que venga a improvisar, pero si vengo a comentar lo que he escuchado del profesor Ruiz-Tagle, y efectivamente tuvimos a nuestra disposición previamente la presentación en power point, pero quisiera comentar un par de elementos que me han llamado la atención, tanto de la lectura previa de las láminas, como de la exposición posterior.

Mi comentario se estructurará sobre la base de ciertas preguntas fundamentales para el actual proceso constituyente: ¿por qué una nueva Constitución? ¿Qué significa nueva? ¿Cómo obtenemos esa eventual novedad? Voy a tratar de hacer algunas relaciones entre lenguaje y discurso político para tratar de comprender la relación que existe entre el Derecho y el poder, para luego determinar cuál es el problema que aqueja a la Constitución hoy día, por qué ese problema persiste y si es que eventualmente la solución pasa por preguntarnos en torno a la participación en esta solución. No sé si voy a alcanzar a dar respuesta a todas estas preguntas, no sé si lo voy a hacer en orden siquiera, pero eso es más o menos lo que va a guiar mi intervención hoy.

Para ser leal con la invitación, lo primero que voy a hacer es comentar algunas cosas que dijo el profesor Ruiz-Tagle en la presentación. Por lo pronto, planteó un objetivo muy ambicioso:

“Espero que de este nuevo momento constituyente surja la construcción de una nueva forma de vida política en nuestro país”.

Es un objetivo muy ambicioso, porque muchas veces, nosotros como profesores de Derecho Constitucional, incluso más específicamente, nosotros como activistas del proceso constituyente, le damos demasiada importancia a la Constitución. La Constitución no resuelve tantos puntos de la vida, incluso de la vida política constitutiva de una comunidad como nosotros creemos; probablemente lo creemos así, porque estamos muy cerca del fenómeno. Así por ejemplo, hay un par de elementos en las primeras palabras que el profesor compartió con nosotros que pueden ser importantes para comprender por qué eso generalmente se nos escapa de vista. Por ejemplo, ideó previamente la construcción de las distintas repúblicas que ha publicado El profesor Pablo Ruiz-Tagle, y que efectivamente lleva varios años circulando en la academia constitucional y política, pero siempre he echado un poco en falta la consideración de la clave materialista en la comprensión de la evolución constitucional chilena.

No es solo en clave liberal/moderna que se puede entender la evolución de la historia constitucional chilena. No es solo en clave de Estado Liberal de Derecho que nosotros podemos comprender el tránsito entre eventuales etapas de la República, o incluso desde el Estado Liberal de Derecho al Social Democrático. Hay una clave material, materialista, que atraviesa la historia constitucional chilena y que, a mi juicio, no solo ha marcado tránsitos muy importantes en esa



historia, sino que se encuentran presentes todavía hoy. De alguna manera, Ruiz-Tagle las identifica en aquella Quinta República que llama Neoliberal y cuya clave de inteligibilidad es la concentración de la riqueza (Ruiz-Tagle, 2006: 130-137). Aquí deja entrever lo que me interesa destacar: hay una dimensión fundamental para la estructura de las relaciones de poder que no se juega solo en el diseño político-institucional -que generalmente ocupa un lugar privilegiado en las preocupaciones de los constitucionalistas-, sino en la titularidad del poder económico y en la forma en que éste condiciona la estructura de las demás relaciones sociales, atravesadas por el poder. Veamos.

La crisis política que pone fin a la Constitución de 1828 es, en definitiva, una crisis económica, una disputa por el poder político entre sujetos que desarrollan determinado tipo de actividades económicas: estancieros y banqueros, desplazados del poder político, en 1828, lo recuperan por las armas, tras el levantamiento de 1829-30.

En la década del 50, es posible verificar cómo el Gobierno de Manuel Montt está flanqueado por dos grandes crisis que también se entienden en clave materialista: 1851 y 1859 contra Antonio Varas. Copiapó llegó a tener un ejército propio y a acuñar moneda. Crisis que flanquean la promulgación del Código Civil, que se leen desde la reivindicación de los sectores postergados del ejercicio del poder político ejercido por la clase terrateniente y mercantilista del Valle Central. Contra ellos se levanta Bilbao y compañía, contra ellos se levanta Copiapó, contra ellos se ha levantado siempre Concepción.

La Guerra Civil de 1891 también es posible leerla en clave materialista. Este conflicto armado no es solo la resolución de una disputa política al interior de la clase gobernante, respecto de la preeminencia entre el Ejecutivo y el Congreso. El fondo, finalmente, radica en los destinos de los dineros generados por la explotación del salitre y de la forma en que se financiaría el creciente gasto fiscal. La forma en que se zanja este conflicto da paso a una suerte de hito cultural en nuestro ideario colectivo, como lo es la llamada Crisis del Centenario.

Gazmuri recopila varios de estos textos, entre los que me interesa el siempre presente discurso pronunciado el año 1900 por Enrique Mac Iver, titulado La crisis moral de la República.

La referencia a una crisis moral que afecta a la República, pareciera remitirnos a un estado generalizado de corrupción moral. Pero la lectura del discurso nos permite afinar la mira. Al identificar los elementos de la crisis, Mac Iver es muy claro para decir dónde radican. No está en la República, mucho menos en los ciudadanos; la crisis está en los funcionarios públicos que han perdido el norte del servicio público, trastocando en su trabajo la prosecución del interés general por la prosecución del interés particular.

Señala Mac Iver:

“Hablo de la moralidad que consiste en el cumplimiento de su deber y de sus obligaciones por los poderes públicos y los magistrados, en el leal y completo desempeño de la función que les atribuye la carta fundamental y las leyes, en el ejercicio de los cargos y empleos, teniendo en vista el bien general y no intereses y fines de otro género. Hablo de la moralidad que da eficacia y vigor a la función del estado y sin la cual ésta se perturba y se anula hasta el punto de engendrar el despotismo y la anarquía y como consecuencia ineludible, la opresión y el despotismo, todo en daño del bienestar común, del orden público y del adelanto nacional”.



Este es el conflicto que, a mi juicio, atraviesa toda la historia constitucional chilena. Uno de carácter material, teñido por el conflicto de clases, donde las tensiones por el ejercicio del poder político esconden el verdadero objeto en disputa: el poder económico. La disputa por el poder político tiene como objetivo, en definitiva, la obtención, recuperación o conservación del poder económico.

El golpe de Estado de Pinochet es, finalmente, un alzamiento orquestado desde la Armada para proteger los intereses económicos de terratenientes, banqueros y grandes empresas mineras. Este elemento es una constante que atraviesa la historia de Chile. El mismo elemento, a mi juicio, constitutivo de la crisis de legitimidad de la actual Constitución cuya vigencia, fiscal Gajardo y compañía mediante, hemos empezado a develar. Esa crisis moral de la República, aquella que denunciaban Mac Iver y compañía hace más de 100 años, es la crisis moral de hoy.

Las investigaciones llevadas a cabo por la Fiscalía durante este 2015, han aportado evidencia suficiente para afirmar que vastos e importantes sectores de la clase política chilena han estado actuando para la protección de sus propios intereses económicos, ligados a empresas o grupos económicos.

Algunos partidos políticos han estado imbricados directamente con importantes consorcios empresariales, al punto que sus principales directivos han sido objeto de investigación y de medidas cautelares. Otros han recibido financiamiento irregular de importantes empresas, mediante boletas de honorarios que no responden a servicios efectivamente realizados.

El poder político ha dependido del financiamiento irregular proveniente de los titulares del poder económico en Chile. Hoy tenemos algún grado de certeza -al menos mayor que antes- de que ciertos representantes políticos estaban desviando parcialmente el ejercicio de sus cargos para la protección de intereses particulares, incluso los suyos propios. A modo de ejemplo: el que parte del financiamiento irregular provenga de la industria de la salud privada, da cuenta de cuán vigente es el clivaje materialista en el conflicto: millones de personas sufren por décadas de postergación de la salud pública, así como años de espera por una nueva regulación del sistema privado, en un contexto marcado por las utilidades millonarias de la industria, podrían encontrar explicación por esta vía. En definitiva, sería posible concluir que la institucionalidad no ha funcionado al servicio del interés general, sino que de ciertos intereses particulares.

Este fenómeno de corrupción, que afecta a un sector de los representantes políticos y que viene siendo avisado hace décadas, marca el contexto desde el cual se desarrolla el proceso constituyente que actualmente vive el país. Quienes tienen voz en la discusión pública sobre la nueva Constitución, la ejercen desde aquí, desde una realidad material marcada por estas contingencias, lo cual no puede ser desconocido.

Este tipo de consideraciones nos lleva a concluir, por ejemplo, que no basta con discutir, en abstracto, acerca del diseño institucional para el ejercicio del poder o de la protección de los derechos fundamentales. Un diseño adecuado debiera incorporar la clave materialista en su propuesta de solución, a modo de comprender el fenómeno en su conjunto. Ahora bien, ¿qué significa incorporar la clave materialista en la actual discusión constituyente?

El diseño institucional del ejercicio del poder político no puede limitarse a las relaciones entre los órganos del Estado, en el control recíproco de sus funciones. El desafío es incorporar mecanismos institucionales que permitan a la ciudadanía el control efectivo del ejercicio del poder político que ha delegado. Ésta es, finalmente, la discusión entre los constitucionalistas liberales y radicales de finales del Siglo XVIII, respecto de la cual vale la pena volver: controles



internos (institucionales) al ejercicio del poder político, complementados con controles externos (populares). “Los radicales querían que los debates legislativos estuvieran abiertos a la gente, que los proyectos legislativos fueran conocidos y discutidos por el pueblo, y que las motivaciones de las leyes fueran claramente identificables por la ciudadanía” (Gargarella, 2007), demandas que bien podríamos formular en la actualidad.

La ausencia de controles externos efectivos, de instancias a través de las cuales la ciudadanía, la comunidad política, pueda escrutar y controlar el ejercicio del poder que ha delegado, no solo desafecta al pueblo del poder político, sino que puede contribuir al desvío de la función pública hacia la satisfacción de intereses particulares. Un control exclusivamente interno o institucional, deviene en la protección de intereses de clase, específicamente, de la clase gobernante: el grupo cuyos integrantes se despliegan en las esferas políticas, termina hegemonizando estas instancias, utilizándolas para la protección (al menos preferente) de sus propios intereses. Se produce una concordancia entre los intereses de la clase gobernante y el interés público, que adquiere ribetes de clase social dada su alta homogeneidad económica, social y cultural.

La incorporación de controles externos al ejercicio del poder, significa establecer mecanismos institucionales de participación política, incorporando criterios, perspectivas e intereses que no están presentes en el proceso de toma de decisiones, o al menos no necesariamente, en las altas esferas de conducción institucional. El constitucionalismo radical ya avisaba los efectos que podría generar el diseño liberal del control del poder: la desafección ciudadana respecto de las instituciones del Estado (Gargarella, 2007).

El panorama actual, dentro del cual se desarrolla el proceso constituyente en Chile, se encuentra marcado por estas variables. La evidente desafección ciudadana de las instituciones políticas, que ya acusaban los radicales, sumada a esa persistente crisis moral de la República que evidenciaba Mac Iver hace más 100 años, es, a mi juicio, la clave de inteligibilidad para comprender el actual momento constituyente. Más específicamente, nos da luces respecto de qué deberíamos hacer para obtener un resultado distinto a los procesos de 1989 y, más específicamente, de 2005. Claramente, si queremos obtener un resultado diferente, no podemos seguir haciendo lo mismo.

Y aquí el profesor Pablo Ruiz-Tagle llama nuestra atención sobre un dato que puede ser relevante: los constituyentes de 1870 eran gente normal, como normales son los que hay hoy día. Por tanto, no podemos esperar de ellos una bala de plata que solucione todos nuestros problemas. Esto es cierto, pero ojo, que es posible extraer un par de conclusiones interesantes. En primer lugar, así como los constituyentes de 1870 eran gente normal, los sujetos que se encuentran en posiciones de poder en este momento constituyente son también normales. De hecho, si afinamos la mira, tanto la clase política como la academia constitucional la asesora, presenta la misma composición sociocultural (de hecho, en algunos casos, son hasta las mismas personas) de quienes encabezaron las reformas constitucionales de 2005, quienes pretendieron presentar al país una Constitución que ya no nos separaría y quienes debieron dar explicaciones ya en la elección presidencial de 2009, ante la incesante demanda por una efectivamente nueva Constitución, ahora sí, legítima.

De este mismo grupo de personas, normales como todos, no es posible esperar un resultado “especial”, entendiendo por especial aquella “bala de plata” a la que hace referencia el profesor Ruiz-Tagle o, al menos, un resultado diferente de los anteriores procesos de reforma constitucional. De hecho, ni siquiera es razonable esperar un resultado distinto del obtenido en 2005, considerando que se ha propuesto asumir el estándar más gravoso para el estándar democrático: las reglas de la Constitución vigente, con el quórum contramayoritario más alto que contempla el ordenamiento, dos tercios.



Creo que debemos ser capaces de aprender de las experiencias pasadas, de sus fracasos, con el fin de proyectar soluciones diferentes. En segundo lugar, una nueva Constitución no será la solución a todos los problemas que aquejan a nuestras prácticas institucionales; no hay bala de plata... y nadie ha dicho que la haya.

Ambos factores dan cuenta de cuán necesaria es la dimensión “novedad” del proceso constituyente. Y aquí la clave está, efectivamente, en la forma. La forma es el fondo. Si no se establece un mecanismo que garantice una efectiva participación de la ciudadanía en la definición de los contenidos de una nueva Constitución, el resultado será el mismo de 2005: una norma un poco mejor técnicamente (o probablemente no), quizá con uno o dos enclaves autoritarios menos, pero no será una Carta “nueva”, ni mucho menos logrará superar su endémico déficit de legitimidad.

La historia constitucional reciente muestra cómo una serie de intentos por democratizar el texto de la Constitución de 1980 han contribuido marginalmente en dicho objetivo, fracasando en el objetivo principal: obtener una Carta legítima, reconocible como propia por el pueblo. La única forma de obtener un resultado distinto de la tónica que marcan los últimos 25 años, es otorgándole voz a formas alternativas de representación simbólica de la realidad, es decir, a sectores de la sociedad que han sido sistemáticamente excluidos de un espacio de decisión política que, en principio, corresponde al pueblo en tanto titular del poder político originario, de la soberanía.

Sin perjuicio que se trata de categorías abstractas e indeterminadas, que nos reconducen a conceptos universales que bien podrían ser catalogados de vacíos, lo cierto es que esta lógica discursiva permite evidencias cómo este tipo de decisiones han estado residenciadas, por décadas, en los mismos de siempre: una clase política cada vez más alejada de la realidad política y social que legitima el ordenamiento jurídico y el sistema político que en nuestro nombre administran. Su forma discursiva de representación simbólica de la realidad, condicionada por sus condiciones materiales de vida, su situación de privilegio en la sociedad y, además, dramáticamente atravesada por la trampa de un mal entendido consenso que inmoviliza, ha fracasado en el pasado y volverá a fracasar en este proceso constituyente, al menos si se mantienen las lógicas políticas que han imperado hasta el momento.

Desde esta perspectiva, en tanto mecanismo para darnos una “nueva” Constitución, la Asamblea Constituyente cumple con ciertos estándares que no se satisfacen por igual en las alternativas que se han propuesto, especialmente en el Congreso Nacional como órgano constituyente. En efecto, la AC permite incorporar en este proceso de decisión política, a agentes políticos que no tienen una participación regular en el funcionamiento de las instituciones públicas, que tienen otras concepciones del mundo y ven las relaciones políticas que en él se verifican desde una realidad distinta, precisamente por la posición relativa que tienen en ellas. Hay una forma de agenciamiento político que traspasa las barreras de la clase gobernante, posibilitando que nuevos sectores del pueblo, de la comunidad política, formen parte de la decisión constituyente de manera directa y no solo a través de los representantes ordinarios de la actividad política regular. Ese incremento en el nivel de participación, en el estándar democrático del proceso, podría generar una Constitución “nueva”, en la medida que dé cuenta de un proceso constituyente en el que han participado nuevos agentes y que, como resultado de ello, se haya tomado una decisión sistémicamente distinta de aquellas que toman, regularmente, los representantes de la soberanía popular, por ejemplo, al legislar. El mandato que recibiría una AC, profundamente distinto aquel que recibe el Congreso Nacional para legislar, provendrá de un pueblo movilizadado en la búsqueda de nuevos objetivos, que nunca antes en la historia de Chile ha logrado conseguir: incidir en el contenido del marco fundamental de convivencia democrática, decidiendo sobre su estructura institucional y sobre la configuración de las relaciones de poder de las cuales decide, libremente, ser parte.



Esta combinación de factores podría generar una Constitución nueva, legitimada, pero es un condicional que depende de la recepción que la comunidad política haga del resultado de dicho proceso. La pretensión constituyente tras la reforma de 2005 estaba presente en sus protagonistas políticos, pero no en la ciudadanía que, analizando los resultados, le desconoció –con justas razones– tal dimensión. Hoy, el tablero parece estar dispuesto casi de la misma manera: una clase política que enfrenta el desafío constituyente casi con las mismas herramientas y estrategias (reforma constitucional vía Congreso Nacional), pero con algunas diferencias que podrían ser determinantes: una sociedad civil más movilizadora que cuentan con el respaldo de algunos integrantes de esa misma clase política. Si con un menor grado de movilización social, la pretensión constituyente de 2005 fracasó, no hay razones para creer que ahora sí tendrá éxito, considerando que hoy la demanda se encuentra más extendida y cuenta con mayores apoyos en el mundo político. Ese reconocimiento *ex post*, que solo puede emanar de la comunidad política, del pueblo, hoy depende directamente del grado de participación que tenga en la configuración de su propio acuerdo de convivencia democrática.

Si el nuevo ordenamiento constitucional se define a partir de las actuales relaciones de poder político, esa decisión no podrá sino proyectarlas en la futura Constitución. No las va a cambiar. Esa correlación de fuerzas políticas funciona en favor de un grupo de privilegiados que concentra gran parte de la riqueza. Esa minoría, que junto con controlar el poder económico, influye directamente sobre el poder político –cuando no lo ejerce–, no va a decidir libremente renunciar a sus privilegios. Por el contrario, se trata de una minoría privilegiada que ha usado -y seguirá usando- sus privilegios para proteger el estado actual de las cosas, aquel estado que le ha permitido configurar su propia posición.

Las reacciones contra tibias reformas, que solo nos acercan al modelo de países capitalistas y, eventualmente, socialdemócratas, han puesto en evidencia la agresividad de un aparato retórico y discursivo al servicio del status quo. Operando agresivamente a través de los medios de comunicación de masas y en un sinnúmero de reuniones, se han volcado contra las reformas políticas contra la reforma educacional, contra la reforma tributaria, contra la despenalización del aborto. No es razonable esperar que de esa élite, con esa tupida red de influencias, surja una “nueva” Constitución, esta vez democrática, esta vez legítima.

La única forma de que un eventual momento constituyente dé paso a una relación de fuerzas de poder político diferente de la actual, aunque sea levemente, es que en ese momento participen otro tipo de sujetos, personas que no se ven inmediata y materialmente beneficiadas con la actual correlación de fuerzas políticas. Porque si en este momento solo participan esas personas hoy privilegiadas, proyectarán su estructura de privilegios sobre el futuro ordenamiento constitucional. Entonces más allá de la Asamblea Constituyente, la clave está en abrir radicalmente los espacios de participación política, para que la futura estructura normativa que regule las relaciones de poder, tanto al interior de la institucionalidad estatal como entre las personas (por ejemplo, en la forma en que ejercemos los derechos fundamentales), sea coherente con aquella estructura de relaciones de poder con las cuales nosotros libremente estaríamos dispuestos a participar.

Los mismos actores de siempre, aquellos que ya fracasaron en su pretensión constituyente en 2005, no pueden decir nada distinto de lo que ya dijeron, dado que su forma de representación simbólica de la realidad ya está configurada a partir de las relaciones materiales de poder político y económico, que los condicionan. La única forma de obtener una forma distinta de representación, es incorporando en este proceso constituyente agentes capaces de sostener discursos diferentes de los hegemónicos, discursos que provengan de otros contextos de relaciones materiales y no solo de los sectores privilegiados.

En resumen, si la decisión vuelve a pasar solo por el Congreso Nacional, no es razonable esperar un resultado distinto al de 2005. Una Asamblea Constituyente podría generar una “nueva” Constitución, que establezca bases de convivencia democrática que esta vez sí podamos reconocer como legítimas. Solo desde ese punto podremos comenzar a reconstruirnos como comunidad.

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muchas gracias, profesor.

En un momento daremos paso a las preguntas del público, pero antes quiero ofrecer la palabra al profesor Ruiz-Tagle, que quiere hacer alcances sobre los comentarios que ha recibido.

PROFESOR PABLO RUIZ-TAGLE V.: Muchas gracias a ambos expositores y a la Ana María García, que como siempre lo ha hecho muy bien.

Yo diría francamente que me alegra estar en desacuerdo con los profesores Eduardo Aldunate y Jaime Bassa, en cosas importantes.

Si entiendo bien, el profesor Aldunate dijo que él estaría dispuesto a cambiar la Constitución cuando el traje queda incómodo. Bueno, yo he tratado de argumentar que el traje queda incómodo, entonces ésa es la lógica de la propuesta de cambio.

En un momento me pareció que enfatizas el rol ciudadano, y lo enfatizas -aquí voy a decir una maldad para que nos entretengamos un poco porque ya es un poco tarde, por tu influencia Smithiana- porque quizás el problema constitucional para el equivocado siempre Smith es quién es el sujeto, quiénes son nosotros, quién es amigo, quién es enemigo. Y claro, no entiende nada de política y plantea las cuestiones en esos términos, de política democrática.

En una democracia constitucional, y por eso yo enfatizo la lógica de que el cambio se hizo en el Congreso y alrededor del Congreso, los órganos constitucionales no pueden desaparecer y ser sustituidos por una especie de homogeneidad ciudadana que barre con todo. Se mantiene el Congreso, se mantiene la Presidencia, se mantienen los órganos de control constitucional, y ellos tienen tanta importancia como los ciudadanos.

Entonces, la pregunta de la ciudadanía se tendrá que definir de acuerdo a las normas constitucionales vigentes e intervienen junto con los ciudadanos, que es el primer y principal órgano en una democracia constitucional, y los demás órganos constitucionales que a su vez están formados por ciudadanos, pero no los podemos hacer desaparecer.

Después, el profesor Eduardo Aldunate afirmó sobre el método y en esto coincide con el profesor Jaime Bassa, pero en lo principal no estoy de acuerdo.

Hace poco tiempo estuve en la Embajada Británica. Me invitaron a celebrar los 800 años de la Carta Magna. Y yo les pregunto a ustedes ¿seguimos hablando de la Carta Magna y quién sabe qué método se usó para arribar a esos principios constitucionales



que hoy día valoramos, como el habeas corpus? ¿Quién me puede explicar, porque yo he estudiado con detalle, cuáles fueron los métodos que se usaron en la convención de Filadelfia? ¿Quién los recuerda? Porque yo los he estudiado con detalle. ¿Quién recuerda el proceso de ratificación en cada uno de los Estados, que era distinto en Estados Unidos?

El proceso de adopción de la Constitución Federal siguió 20 métodos distintos, en cada estado un método distinto para su aprobación. Los representantes fueron seleccionados según lo que decía cada estado. No existe, de nuevo lo repito, una bala de plata. La Constitución de España se hizo como un derivado de las leyes de reforma política del franquismo. La Constitución francesa también es un derivado. La alemana -ya lo dije- se hizo con un memorándum de las fuerzas aliadas. No busquemos lo perfecto. En este caso lo perfecto, en verdad, puede ser enemigo de lo bueno.

Dos comentarios sobre lo señalado por el profesor Jaime Bassa.

Yo acepto su lectura materialista como una opción que no comparto. Mis principios son distintos a la opción materialista histórica. Me defino como republicano, liberal, democrático, y leo el discurso de Mac Iver con otra lectura. Lo veo como una idea de que la República, el valor principal de la República, que es anteponer el interés público por sobre el interés privado, se ha perdido. O sea, se han perdido los ideales republicanos.

En cambio, Jaime Bassa lo lee como diciendo, bueno, están haciendo negocios, porque el materialismo histórico se demuestra como verdadero en ese momento.

Uno puede leer el mismo documento de dos formas distintas, y lo importante es que en una República busquemos una forma de convivir personas que tienen una concepción materialista histórica y personas que piensan lo contrario, que tienen un principio que puede ser incluso opuesto de una derecha anticomunista. ¿Puede una persona de derecha anticomunista vivir en la República de Chile? Yo pienso que sí. Y ése es el desafío.

Finalmente, en cuanto a la Asamblea Constituyente y la Marca Asamblea Constituyente, que ha mencionado Jaime Bassa, yo digo el problema es que la Asamblea Constituyente no ha logrado validarse. Tiene menos apoyo que la Constitución de 1980. Cuando fue sometida a las urnas hace poco tiempo, obtuvo el 8% de los votos en la última elección presidencial, con todo el apoyo, con la idea de que iban a ser válidos, que se iban a contar.

Entonces, estamos hablando de un proyecto que es indefinido, que suena bien, es como un giro hacia lo que podríamos llamar la izquierda, pero es una cuestión indefinida, y que no ha logrado o no ha concitado apoyo.

Así que yo creo que por el momento esa fórmula no asegura, primero un apoyo ciudadano, y yo no veo enteramente la necesidad de sustituir la representación política que tenemos en Chile por una fórmula de Asamblea Constituyente. Se iría toda la energía política que necesitamos para discutir los contenidos.

Y aquí difiero de ustedes dos cuando dicen que lo más importante es la forma. Ése es el sentido más profundo de mi discrepancia.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muy bien, gracias.

Se ofrece la palabra al público. Tenemos tres intervenciones dado lo avanzado de la hora. Necesitamos que las preguntas sean directas y breves.



RENZO GILARDONI: Para el profesor Ruiz-Tagle.

Respecto al tema de los derechos económico-sociales y la República y el Estado Social de Derecho, me parece que esa premisa de que vamos a disminuir la desigualdad con eso, hay que examinarlo un poco más, porque aquí como que ya se ha instalado esa idea de que vamos a hacer una copia nórdica latinoamericana de países protestantes muy ricos, y creo que parece que esa copia no está saliendo muy bien, o al menos el intento de copia, se va a terminar pareciendo más algo como Brasil o a Argentina, que a Suecia, Alemania, Finlandia, o lo que sea.

Me hace acordar lo que decía Montesquieu, el principio y el espíritu de las leyes, o sea, que deben ser leyes adecuadas para la nación en la cual se han hecho, y sólo por una gran casualidad las de una nación pueden servirles a otra.

Entonces, me parece que se está olvidando eso, y estamos muy convencidos de que haciendo lo mismo que hacen los finlandeses, los alemanes, vamos a ser como ellos, pero no somos ni finlandeses ni alemanes.

Entonces, esa promesa de vender, de que vamos a ser todos más iguales, creo que por lo menos deberíamos someterla a un poco más de crítica.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muchas gracias.

Siguiente pregunta.

JEAN DUTREY: La verdad es que no sé si voy a ser un poco largo, pero trataré de hacerlo entretenido y voy a destacar algunos conceptos que me llamaron mucho la atención.

Entendiendo que para realizar un cambio constituyente es porque todos consideramos que esta Constitución es ilegítima o no da las respuestas que la sociedad necesita, allí me gustó mucho el concepto del poder destituyente -lo rescato mucho- el momento y el objetivo.

Como soy medio futbolero para todas mis cosas, hice un orden, unos bloques. Por ejemplo, el bloque defensivo es el poder destituyente. Después, el momento, ahí como en el mediocampo, cuando se hace la creación. Y el objetivo, que a mí juicio es evitar el colapso constitucional, de eso yo creo que es lo más importante a destacar. Es decir, que no se fracione el sistema, y por eso necesitamos un proceso, esto es, una serie de actos. Y la pregunta en definitiva es ¿en este momento donde se hace la creación, no es necesario que se produzca una transición?

Sampaoli ahora que somos Campeones de América, siempre habla un poco de las transiciones, porque nos ordenan para lo que viene, para lo que debo hacer en un momento determinado, conforme a la situación de juego, y también, hoy en día, conforme a la situación política. Entonces, eso me llama la atención, profesor, dentro de su exposición, que celebro y valoro.

O sea, la duda es si hoy día estamos en un momento. Yo creo que no y que hay que preparar el gran momento, y eso es un poco la pregunta. ¿Por qué no tomar ciertas transiciones? No sé si para llegar a un documento final, magnífico.

Quizás estamos en un momento de la historia del ser humano en que debemos estar permanentemente haciendo distintos actos, es decir, vamos cambiando tan rápidamente las generaciones, la información, y en ese sentido ¿la Constitución es un documento que va a durar 100 años, o son siempre transiciones de momentos?



PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELTTO: Muchas gracias.

Siguiente pregunta.

FRANCISCO ZAMBRANO: Buenas tardes, profesores.

Tengo dos ideas o preguntas al profesor Ruiz-Tagle sobre su exposición.

La primera es que usted empezó su exposición hablando sobre el discurso de triunfo de la Presidenta Bachelet, después de ganar las elecciones. Incluso, después se refirió a un discurso en Roma que había hecho la Presidenta, donde hace gala de su ambigüedad permanente. Pero no se refirió sobre la Biblia, y cuando digo la Biblia me refiero al Programa de Gobierno.

En el Programa de Gobierno de la Presidenta habla del proceso constituyente. Primero habla de nueva Constitución y luego termina hablando de cómo va a ser este proceso constituyente, que dice que es democrático, institucional y participativo.

Y en la última parte, del último párrafo del capítulo sobre la nueva Constitución, define cómo es este proceso constituyente. Creo yo -me da la impresión- que toma una de las opciones que usted ponía en su exposición, y dice que la ciudadanía debe participar activamente de la discusión y aprobación de la nueva Constitución, y para tal efecto, es decir, para la participación, el proceso constituyente supone de entrada, previamente, aprobar en el Parlamento aquellas reformas que permitan precisamente una deliberación que satisfaga esa condición.

Es decir, la Presidenta nos está proponiendo que el proceso constituyente nace con una reforma que eventualmente genere un mecanismo participativo. Pero el proceso constituyente nace en el Congreso, reformando eventualmente el Capítulo 15 de la Constitución. Y eso es algo que no se mencionó. No sé si nos podrá ilustrar al respecto.

El segundo tema, muy brevemente, es sobre el control de la reforma constitucional, y que usted planteó dentro de los caminos u opciones constitucionales, que el Tribunal Constitucional controlaba la reforma constitucional. Incluso planteó que la Contraloría General de la República controlaba y hasta el Tribunal Calificador de Elecciones participaba dentro del proceso constituyente, lo cual me parece disonante con lo que plantea la propia Constitución Política de la República, porque establece que el Tribunal Constitucional efectivamente controla la reforma constitucional, pero exclusivamente en la forma, profesor.

De hecho, de todas las reformas constitucionales que tiene la Constitución de 1980, el Tribunal Constitucional jamás ha controlado el fondo y sólo una vez se ha requerido, porque es facultativo, el control del Tribunal Constitucional, y éste lo declaró inadmisibile.

Es decir, jamás va a ocurrir. De hecho, tampoco se prevé un control de la Reforma Constitucional en cuanto a enunciados normativos, en cuanto a normas de reforma. Entonces, no sé si quizá lo entendí mal y usted podrá corregirme.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muchas gracias.

Tenemos una última pregunta.

BOSCO MARTÍNEZ: Muchas gracias.

Para el profesor Ruiz-Tagle.

Jaime Guzmán nos puso dos tercios y tres quintos. Yo quiero preguntarle al profesor ¿cómo lo hacemos, entonces?

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Contesta el profesor Ruiz-Tagle.

PROFESOR PABLO RUIZ-TAGLE V.: Las preguntas son muy buenas, las agradezco.

Respecto de la primera pregunta, insisto en la idea, y creo que no soy el único. Incluso los partidos de derecha están comprometidos con una lógica de un Estado Social y Democrático de Derecho. Democrático en términos de abrir el centralismo, de darle más participación a la ciudadanía. Social en términos de proteger de una manera más robusta los derechos económicos y sociales.

Las afirmaciones de que queremos ser escandinavos. Si Chile no es Escandinavia.

En realidad, el proyecto del Estado Social y Democrático, el Estado de bienestar, también está instalado en Estados Unidos. Es el proyecto que surge en la postguerra europea, y el que quiera saber de qué estamos hablando en términos históricos, que lea a Tony Judt.

Yo sé que hay neoliberales, anarquistas, que creen que el Estado por definición es un ladrón, un delincuente y que los impuestos deberían ser incluso entregados de vuelta a los ricos.

Pero la verdad es que hay un cierto acuerdo de moverse hacia un modelo político-social determinado. Y Chile, como dijo un famoso en la televisión, en verdad se sitúa como la Corea del Norte del capitalismo. Estamos un poquito en el extremo del capitalismo, y creo que cualquier movimiento que hagamos hacia el centro, hacia un Estado Social y Democrático de Derecho, que lo estamos haciendo con nuestra lógica, no con una lógica escandinava, es razonable.

El Presidente Piñera, cuando estuvo en el poder no eliminó -que yo sepa- ningún programa que tenga fundamento legal de proveer prestaciones de tipo económico y sociales. Funcionó con la misma manera. Y eso es una demostración que cuando llega la derecha al poder, o cuando ha llegado la derecha al poder, mantiene esa lógica del juego político.

En todo caso, en ningún momento estamos diciendo transformar en una lotería de derechos la Constitución. Estamos hablando de que los derechos que ya están en la Constitución signifiquen algo. Y si en algún momento el Ministerio de Hacienda, Teatino 120, tiene una disponibilidad de caja más reducida, bueno, que no distribuya arbitrariamente los recursos, sino que haya un control constitucional y que llegue la luz del sol hacia la DIPRES.

En cuanto a las decisiones políticas de las prioridades de política pública, que tienen que ver con los derechos de las personas -sobre eso podríamos hablar varios días- que haya una mayor transparencia, publicidad y control sobre los recursos que se usan en políticas sociales, porque los derechos económicos y sociales son la cara jurídica de la protección social. Ése es el proyecto.

La transición, la verdad que yo no hablaría de transición. El término transición lo encuentro desafortunado.

Estamos en una democracia imperfecta y tenemos que pasar hacia una etapa plena. Por ejemplo, derogando todos los artículos transitorios de la Constitución. Tenemos 25 artículos transitorios. De esos artículos transitorios cerca de 20 han sido adoptados en democracia. Y es un juego absurdo esto de tener una Constitución que la vamos borrando con artículos transitorios. Entonces, hay que tomarse en serio nuestra Constitución.



Además, todas las fuerzas políticas han presentado propuestas constitucionales. Eso es señal de que hay un clima de momento constitucional, y no se trata de evitar un colapso -no es ésa la lógica de esto- sino que hay una intención genuina en el país desde el año por lo menos 2006, un año después de las reformas del 2005, de un momento constitucional prolongado. Esto es como esas secuelas de los terremotos que quedan temblando por varios días.

Bueno, aquí por varios años hemos estado en la misma lógica, y todos los partidos, el Partido Socialista, el Partido Comunista, la Democracia Cristiana, el Partido Radical, están haciendo propuestas constitucionales y se está discutiendo el tema de la Constitución. Eso ya es una cuestión virtuosa, que nunca en la historia de Chile se ha dado con ese nivel de publicidad y deliberación. Podría ser mejor, pero ya es bastante lo que se ha logrado, y con eso que se ha logrado se puede hacer algo.

En ningún caso podemos pretender que la Constitución que adoptemos sea estable como de 100 años. No es ésa la idea. La estabilidad es un valor constitucional.

Hay un profesor en Chicago, Ginsburg –creo– que dijo

“Las constituciones las podemos medir según la estabilidad”.

Claro, lo que no dice es que quizás las más estables a veces son de unos países súper injustos y muy malas constituciones. La estabilidad no es el principal valor constitucional. No sabemos cuánto va a durar la Sexta República Chilena, pero sí nos podemos imaginar una República más justa.

Respecto de las preguntas de Francisco Zambrano, yo diría dos cosas.

Primero, no es necesaria la popularidad y la aceptación de las autoridades políticas para hacer cambios constitucionales significativos.

Acabo de hablar de la Carta Magna. Juan Sin Tierra era un Rey insignificante, que ni siquiera sabía hablar inglés; hablaba francés. Lo rodearon los barones, le impusieron un montón de condiciones, firmó y seguimos hablando de la Carta Magna y de sus principios constitucionales 800 años después.

Si el Gobierno y la aceptación de la Presidenta está en 20%, que es un porcentaje muy reducido, eso no es para mí un argumento de que debemos pensar en que el cambio constitucional no hay que hacerlo.

La referencia al programa que usted hizo, específicamente, llamándolo la Biblia. Yo no lo llamo la Biblia. Los programas de gobierno para mí no son la Biblia. Yo participé en la elaboración de ese programa. Me siento cómodo con lo que se dice en materia constitucional. En otras cuestiones tengo discrepancias. No creo en la política de los regimientos, ni a la Carl Schmitt, del amigo/enemigo. Eso no es la política democrática.

Pienso que los programas son documentos importantes, pero que deben ser sometidos a la lógica de la política. En esos términos, a lo que usted dice yo lo respondo de la siguiente manera. ¿Es que se trataba de hacer una reforma constitucional o una reforma significativa antes de hacer la reforma constitucional? ¿Le parece poco haber cambiado el sistema electoral? ¿Le parece poco haber cambiado el sistema electoral para que la clase política, que va a resolver la



cuestión constitucional, sea elegida por un sistema proporcional enteramente distinto al que teníamos? A mí me parece suficiente reforma en términos de los requisitos que se pedían.

Y nadie anticipó que lo primero que se iba a cambiar, porque aquí nadie tiene una ruleta o una bola de cristal para ver el futuro, iba a ser ése el camino al cambio.

Finalmente, la referencia que hace al Tribunal Constitucional, yo lo único que he dicho es que tiene injerencia sobre la reforma constitucional. Y la tiene también la Contraloría y el Tribunal Calificador de Elecciones si hacemos un plebiscito.

Cualquier fórmula de reforma constitucional que hagamos en el sistema constitucional, como existen órganos de control constitucional, van a tener incidencia. Fíjese usted que hasta Pinochet se sometió a la Contraloría. Se sometió a medias porque sacó al Contralor que no quería aprobar el plebiscito -ustedes se acordarán- pero se sometió a algún sistema de control hasta el mismísimo Capitán General.

Respecto a la pregunta de los dos tercios y tres quintos. Ahora hay que tener cuidado con esto, pues se dice “No, es que la Constitución establece quórum que son antidemocráticos”. La Constitución Norteamericana también tiene súper mayorías para sus reformas. Y ojo, la Constitución Chilena con estos quórum es la más reformada en la historia de Chile. Ha habido ciento veinte y tantas reformas constitucionales.

O sea, se prueba que no hay una imposibilidad de reformar la Constitución con estos altísimos quórum, sobre todo si hay una buena disposición de la oposición y de la derecha. Y yo veo una buena disposición, si es que se construye algo razonable, si es que es un proyecto político en el que haya un espacio para la derecha, porque si de lo que se trata de hacer es un sistema donde la única opción válida es la del materialismo histórico, o qué sé yo, entonces obviamente que hay una resistencia irracional a tener un tipo de Constitución de ese tipo.

La Constitución es para todos los chilenos y todas las fuerzas políticas. Particularmente las fuerzas de oposición tienen que tener una participación activa en ella.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muchas gracias al expositor, a los profesores que han comentado estas exposiciones y a todos ustedes con sus preguntas y asistencia, que la agradecemos mucho.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Una gran conversación por

CHILE

Proceso constituyente y
nueva constitución política



CAPÍTULO IV / SESIÓN 19 DE AGOSTO DE 2015

CAMBIOS CONSTITUCIONALES.
REFLEXIONES Y PROPUESTAS V SEMINARIO
DE PROFESORAS DE DERECHO PÚBLICO





CAMBIOS CONSTITUCIONALES: REFLEXIONES Y PROPUESTAS V SEMINARIO DE PROFESORAS DE DERECHO PÚBLICO

■■■

SESIÓN 19 DE AGOSTO DE 2015

Expositoras:

- *Profesora Ana María García Barzelatto*
- *Profesora Amaya Álvez M.*
- *Profesora Beatriz Arriagada C.*
- *Profesora Miriam Henríquez V.*
- *Profesora Sandra Ponce de León S.*
- *Profesora Marcela Ríos T.*
- *Profesora Carolina Salas S.*
- *Profesora María Pía Silva G.*

Moderadores:

- *Profesor Enrique Navarro B.*
- *Profesor Francisco Zúñiga U.*
- *Profesor Augusto Quintana B.*

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Buenas tardes. Sean todos muy bienvenidos.

Vamos a dar inicio a este Quinto Seminario de Profesoras de Derecho Constitucional, sobre Cambios constitucionales, reflexiones y propuestas.

Como Directora del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, me dirijo a ustedes con profundo agrado en este acto de inauguración del Quinto Seminario.

Esta iniciativa nació hace algunos años de un grupo de profesoras de Derecho Constitucional que tuvo la inquietud de profundizar en el estudio y análisis de materias de Derecho Público, particularmente materias de Derecho Constitucional



y de actualidad, sujetas al debate público, con el ánimo de aportar las ideas para enriquecer la especialidad desde la mirada de la docencia, del estudio de la jurisprudencia y la práctica profesional.

Se consideró que la mejor manera de concretar un aporte eficiente de las profesoras de esta actividad era mediante el compromiso de las profesoras participantes de entregar su ponencia escrita al término del seminario. Y efectivamente así ha sido.

El Primer Seminario, realizado el año 2011, en la sede del Congreso Nacional en Santiago, dio origen al libro titulado Justicia Constitucional, ¿consolidación o reforma?.

El Segundo Seminario se realizó al año siguiente, en la Universidad Católica de Chile, y se concretó en el libro titulado Relaciones del Tribunal Constitucional con los demás órganos del Estado.

El Tercer Seminario, realizado el año 2013, en la Universidad Alberto Hurtado, concluyó con la publicación Acciones Protectoras de Derechos Constitucionales.

El Cuarto Seminario se realizó el pasado año 2014, en la ciudad de Coquimbo, en la Universidad Católica del Norte, y dio lugar a la obra La Constitución Económica, que será presentada al término de este encuentro por el Presidente del Tribunal de la Libre Competencia, profesor de la Universidad Católica, don Tomás Menchaca. Esa obra contó con el auspicio de la Universidad Católica del Norte.

Cabe hacer presente que cada año el Comité Organizador de los seminarios invita a distintas profesoras de universidades diversas, con un espíritu pluralista e integrador, atendiendo a la línea de investigación que se encuentran desarrollando.

Igualmente, los temas se seleccionan considerando su actualidad, el interés público que generan y la necesidad de su profundización. Es así como el seminario que hoy nos convoca presenten un tema que se encuentra en pleno debate público, como son los cambios constitucionales, las reformas y eventualmente la aprobación de una nueva constitución.

Las exposiciones las hemos reunido en este seminario en tres paneles. El primero, sobre Los principios que regulan el orden constitucional chileno; el segundo, referido al Orden Político y el tercero sobre los Derechos y Garantías.

Lamentablemente, por un problema de salud, no nos podrá acompañar la profesora Verónica Undurraga, que integraba el primer panel.

Termino estas palabras, dando la bienvenida y agradeciendo muy especialmente a la profesora Marcela Ríos, Doctora en Ciencia Política por la Universidad de Wisconsin y Coordinadora General del Proyecto Auditoría a la Democracia en Chile, del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, quien inaugurará este seminario con la clase magistral sobre el tema Auditoría a la Democracia en Chile. ¿Por qué establecer una nueva Constitución?

Dejo con ustedes a la profesora Ríos.

PROFESORA MARCELA RÍOS TOBAR: Quiero agradecer a las profesoras organizadoras del evento por haberme invitado. Para mí es un honor poder estar aquí, sobre todo considerando que habitualmente se invita a otras abogadas profesoras de derecho a hacer la inauguración del evento, y me siento doblemente honrada que se haya invitado a una afuerina. Muchas gracias por esta invitación.



Quiero felicitarlas además por la iniciativa. Hay pocas iniciativas como ésta, donde un grupo de académicas se reúnen y mantienen un trabajo colectivo de debate entre mujeres a lo largo de un período como ha sido éste. Creo que requiere todo el reconocimiento.

Es difícil en los espacios académicos impulsar este tipo de debates, sobre todo en espacios que tradicionalmente han estado dominados por hombres y donde las mujeres a veces nos cuesta cubrir estos espacios, así que quiero felicitarlas doblemente.

El debate constitucional, como ustedes saben, ha llegado un poco para quedarse. La pregunta que quiero tratar de responder es la que se me planteó al inicio y tiene que ver con que si necesitamos una nueva Constitución. Creo que la respuesta a esa pregunta debe ser pensada desde dos perspectivas distintas. La primera es que hay un debate del cual la jornada de hoy día es parte de todo un ciclo que está impulsando la Universidad de Chile.

La semana pasada asistimos a la inauguración en la Casa Central y el Decano de esta Facultad decía damos por iniciado el proceso constituyente, en parte también a través de este ciclo de charlas.

Hay una parte de este proceso de debate y con esta pregunta que tiene que ver con que si necesitamos o no una nueva Constitución, que está fuertemente arraigada en las comunidades académicas, en los especialistas, los constitucionalistas, en los estudiosos del derecho. Hay una parte de la respuesta que se responde a través de la discusión pública normativa, que tiene que ver con preguntas: cómo fue elaborada la Constitución, cuánto se acerca al modelo ideal. Los teóricos siempre tienen modelos ideales de cómo deberían ser las constituciones, en términos deseables, en términos de cuál es la mejor forma de llegar a escribir o producir un texto constitucional. Hay un debate ahí respecto de la elaboración inicial.

Después hay un debate respecto de cómo funciona una Constitución, respecto de si cumple los objetivos formales que debería tener una Carta Fundamental. Si hay aspectos de esa Constitución que no funcionan, por qué no funcionan, si hay falta de coherencia, si hay contraposición, si hay problemas en términos estrictamente normativos, son temas que están claramente en debate, y qué cambios se requieren.

No pretendo meterme en ninguna de estos temas hoy día, pero me voy a dedicar, como veremos más adelante, a las otras formas de pensar la pregunta, pero claramente una de las preguntas que ha estado presente en nuestro país durante los últimos años y que ha generado mucho debate jurídico, normativo pero también político, es si es necesaria una nueva Constitución. Y una vez que respondemos todas las otras preguntas, si se cumple el objetivo, si fue realizada de la manera que queríamos, si está adecuada a lo que necesitamos. Después también hay que contestar, para resolver los problemas que puede tener y si nos ponemos de acuerdo en cuáles son esos problemas ¿es necesario escribir una nueva Constitución o podemos simplemente arreglar la que tenemos?

Yo me imagino que esa misma pregunta se puede hacer para todo tipo de orden de cosas, también para reformas legales más simples y para otros ámbitos de la vida.

Si hace unos años, y esta es una percepción desde afuera del mundo jurídico, había mucho más debate respecto de este punto, de si era necesario una nueva reforma. Ésta, nuestra actual Constitución, es la Constitución que ha sido más reformada en nuestra historia. En la historia de nuestro país es la Constitución que más hemos ido arreglando en el camino.



Claramente una vez que fue diseñada, la Constitución no quedó como la mayoría de chilenos o especialistas queríamos. Entonces se le han hecho una enorme cantidad de reformas.

El debate hasta poco tiempo estaba centrado en un importante sector de especialistas que decía “podemos seguir arreglándola”, o sea, podemos seguir parchándola, o podemos seguir mejorándola” -otra forma de verlo-; y muchos otros diciendo “no, esto en realidad no acepta más arreglos y necesitamos una nueva Carta”.

Me parece que el debate ha ido cambiando también en el mundo jurídico normativo, y hoy día son cada vez menos quienes creen que basta con seguir reformándola. Se ha instalado fuertemente no sólo en el mundo político y social, sino también entre las comunidades académicas la idea de que quizás ya es tiempo de que se escriba una nueva Constitución.

Responder a cualquiera de estas preguntas no es un dato objetivo; no es así como un cálculo de matemáticas que cualquiera que haga la ecuación va a llegar a la misma respuesta. Incluso dentro de los especialistas hay respuestas distintas para cada una de esas preguntas, incluyendo la última. Por eso es tan importante quien toma la decisión de cuándo es el momento de seguir reformando y cuándo es el momento de hacer una nueva Constitución.

Y como voy a tratar de argumentar a lo largo de la presentación, siempre para tomar decisiones sobre estos temas hay que considerar que quien toma las decisiones y quien participa del debate es tanto o más importante que las preguntas y las respuestas que se dan en el debate.

La segunda manera de contestar la pregunta de si necesitamos una nueva Constitución ya no tiene que ver con la normativa jurídica sino más bien con la dimensión social-política.

Algunos teóricos constitucionalistas hablan de este tema como la legitimidad social, de raigambre de las constituciones. Desde la Ciencia Política habitualmente hablamos de legitimidad de instituciones. No necesariamente podemos tener acuerdo en la misma mirada de lo que es la legitimidad, pero ciertamente el debate sobre la Constitución en nuestro país no está circunscrito hoy día sólo en la Facultad de Derecho y quizás no necesariamente empezó en las aulas de Derecho del país. No es un debate que esté solo en las facultades de Derecho; no es un debate que esté limitado solo a los profesores y especialistas del Derecho Constitucional o a los teóricos constitucionalistas. Es un debate que está instalado en la sociedad, en los medios de comunicación, en los movimientos sociales, en los partidos políticos. Entonces hay un conjunto de preguntas sobre el mismo tema, sobre la nueva Constitución, que también está siendo debatido y tensionando el debate público.

Nuevamente hay una gran interrogante respecto de la forma en que esta Constitución fue originalmente escrita. Nuevamente aquí hay distintas posiciones y también vemos que las respuestas respecto de cuánto importa como se origina una Constitución para los especialistas, para los constitucionalistas puede ser una, y la respuesta para los ciudadanos o para los actores políticos respecto de cuánto importa como se hizo una Constitución, puede ser una totalmente distinta.

O sea, no necesariamente el problema de origen, que es uno de los temas que está instalado en el debate, tiene el mismo sentido para todos los involucrados. Más bien, por lo menos lo que vemos desde el PNUD, es que acá hay uno de los ejes donde se diferencia fuertemente la posición de las élites respecto a la posición de la ciudadanía.



Para las élites el tema de la legitimidad de origen es un tema que hoy día parece menos relevante, que pareciera ya estar superado, que es un tema del pasado, que no es lo que importa ahora, que lo que importa es la funcionalidad de la Constitución y sin embargo vemos que es un tema que sigue haciendo mucho ruido para los ciudadanos y ciudadanas, porque sigue siendo un malestar la forma que se produjo o se redactó esta Constitución.

El otro gran tema e interrogante que tiene que ver con esta dimensión social y política tiene que ver con la legitimidad, y aquí nuevamente lo que vemos -les voy a mostrar algunos datos- y la evidencia empírica que tenemos es abrumadora.

A uno le puede gustar o no, estar de acuerdo o no, pero creo que hoy día nadie serio puede no reconocer que todos los estudios que tenemos muestran que entre el 60% y el 80%, de los ciudadanos y ciudadanas del país creen que necesitamos una nueva constitución, dependiendo de la encuesta y dependiendo de cómo se ha hecho la pregunta,

Es una gran área de investigación entender que es lo que entienden las personas por eso y por qué están demandando una nueva Constitución. Pero creo que ya podemos decir con mucha claridad, con mucha contundencia -hemos hecho el trabajo de sistematizar los datos existentes- que hay un cuestionamiento profundo a la legitimidad que tiene la Constitución que hoy día nos rige.

Eso ciertamente es un problema para cualquier sociedad democrática, la falta de apego, de cariño, de legitimidad, de apoyo, que concita una Carta Fundamental que se supone que tiene que cumplir un rol de plasmar una suerte de contrato social o de pacto de la sociedad, genera muy poca adhesión en nuestro país. No es simplemente un dato de la causa. Esto es así.

También vemos que aquí hay fuertes diferencias entre distintos sectores. Este apoyo no es equivalente a todos los sectores. Vemos que hay diferencias importantes por grupos socioeconómicos, niveles educacionales, incluso por zonas del país. Hay zonas donde el cuestionamiento, en la Región Metropolitana y en el norte del país hay una adhesión muchísimo más baja a la Constitución y una demanda mucho más fuerte por cambio constitucional que en la zona sur. Esto se explica por distintas dimensiones políticas, pero hay diferencias importantes.

Ahora, volviendo a la pregunta ¿necesitamos una nueva Constitución? Desde nuestra mirada, desde lo que nosotros estamos mirando en el PNUD, la respuesta es positiva, tanto en términos normativos como jurídicos y sobre todo quizás desde una perspectiva social y política.

La demanda por una nueva Constitución hoy día es tan fuerte, está tan instalada como un hecho que es necesario abordar, que parece hasta incluso estéril seguir discutiendo si es posible o no que le cambiemos algo para mejorarla. Y ésa es una de las cosas que me parece importante tratar de transmitir a quienes se dedican solo al derecho, porque una cosa es cómo funcionan las leyes y el sentido, y si con las leyes podemos arreglar ciertos problemas. Otra cosa es la política y las percepciones del ciudadano. Y en las percepciones de los ciudadanos la sensación y la demanda que está no se arregla con cambiar la parte dos del Artículo 5, ni sacando el Artículo 23, ni con cambiar el Artículo 24. Estoy inventando, porque obviamente, como se darán cuenta, no tengo idea de los números de los artículos de la Constitución.

El punto no va a ser si podemos arreglar dos, tres, cuatro, cinco artículos y cambiarlos nuevamente, que es el ejercicio que se intentó hacer durante el 2005, porque en este momento histórico eso parece que no va a contar necesariamente con una adhesión de la ciudadanía. Por lo tanto, lo que podría ocurrir con esto es que logremos mejorar algunos aspectos,



que están normativa y jurídicamente funcionando no tan bien, pero no vamos a lograr resolver el otro problema, que tiene que ver con esta legislación.

Quiero pasar rápido por esto, pero en el PNUD lanzamos un informe sobre la democracia el año pasado, quizás algunos de ustedes lo habrán visto, o habrán escuchado de la auditoría a la democracia, y está íntegramente en nuestra página web, auditoriaalademocracia.org. Es un informe que analiza la evolución del sistema democrático chileno desde 1990 hasta el presente, en donde analizamos aspectos normativos jurídicos de prácticas, de cómo funcionan las instituciones más allá de lo que dice la ley -como funcionan en la práctica- y después analizamos la opinión de los ciudadanos respecto de cada uno de las dimensiones.

En el informe analizamos los derechos, los derechos sociales, civiles, políticos, económicos, lo que es la construcción de la ciudadanía y todos los temas de seguridad. Después tenemos capítulos sobre el funcionamiento del Congreso; todo lo que tiene que ver con el equilibrio de poderes, los partidos políticos, las elecciones, participación, movimientos sociales, fuerzas armadas, corrupción, probidad. Hay un conjunto de temas de todas las dimensiones del sistema democrático, que los tratamos de acuerdo a cómo los entendemos, mirados desde normas prácticas, percepciones.

Brevemente, señalo esto porque el informe tiene 500 páginas y datos de evolución de 20 años, entonces no intentaré darles un resumen de todo lo que está ahí.

Pero si lo que nosotros encontramos y en términos generales hemos venido diciendo hace ya bastante tiempo, es que efectivamente la democracia en Chile necesita un ajuste, que ha habido un funcionamiento que estaba desacoplado. Parte de ese ajuste tiene que ver con normas e instituciones, con el diseño institucional.

Hay normas e instituciones que fueron diseñadas cuando se escribió la Constitución, durante el régimen militar, que respondían a una lógica que nada tiene que ver con las expectativas de funcionamiento de la sociedad democrática del Siglo XXI, del Chile de hoy. Por ejemplo, la ley de partidos que está siendo discutida en el Congreso.

O sea, hay una clara necesidad que la ley de partidos que fue diseñada, inspirada, con una desconfianza profunda y con un interés de eliminar los partidos políticos de la sociedad, obviamente lo que ha contribuido a hacer es evitar en una democracia representativa órganos centrales del funcionamiento democrático, que son los partidos políticos.

Entonces, tenemos cosas como esa, leyes, el sistema binominal es un buen ejemplo, leyes que estuvieron diseñadas y que han ido generando problemas para el funcionamiento de la democracia. Luego tenemos prácticas que no necesariamente tienen que ver con las normas, sino que la dinámica de relación o la forma en que funcionan las instituciones ha generado, está generando problemas, y hay que revisar esas prácticas. Y después, uno de los temas que más se conoce, efectivamente tenemos problemas de legitimidad, de confianza, de apego de las personas con el sistema democrático.

En términos del diseño, voy a pasar rápido por algunas cosas que encontramos, existen todavía en términos normativos-jurídico, a nuestro entender, restricciones formales en materia de derechos sociales, civiles, políticos y económicos, sobre todo en algunos grupos de la sociedad, y nosotros ahí en el informe hacemos hincapié que sistemáticamente hay problemas en términos jurídico normativo y también de prácticas, no sólo en lo que dice la ley, sino que cómo se comporta la policía, por ejemplo, cómo se comporta el Poder Judicial, con ricos y pobres, con indígenas y no indígenas, con mujeres y hombres.



En nuestro país, hay ciertos clivajes de la sociedad, hay ciertos sectores de la sociedad que tienen un impedimento objetivo en su capacidad de ejercer derecho, fundamentalmente centrado en mujeres indígenas, los pobres y crecientemente los inmigrantes, y también la población de minorías sexuales o de identidades de género en un sentido amplio.

Un segundo hallazgo, tiene que ver con que, a nuestra manera de ver, el sistema presidencial como está diseñado en nuestro sistema institucional, y como ustedes saben es parte de esta Constitución, pero no todo, hay otro que está en las leyes, hay un desequilibrio en el equilibrio de poderes. Nosotros tenemos un sistema que está fuertemente sesgado hacia el poder presidencial, con un Congreso que tiene débiles atribuciones, con un legislativo que tiene atrofiada su capacidad de deliberación, de representación, de fiscalización. Entonces ahí hay un tema que tiene que ver con desequilibrio de poderes.

Como sabemos, también hay un tema que está hace mucho rato, que tenemos un diseño institucional claramente desequilibrado en términos de lo que es la concentración del poder. O sea, tenemos una fuerte concentración del poder, no sólo en el poder presidencial, sino en el Estado Central, con gobiernos regionales atrofiados o con poca capacidad de actuar, lo que está generando cada vez más tensiones en el país por una demanda creciente de la ciudadanía de que ese poder se desconcentre y que las regiones puedan tener mayores niveles de autonomía respecto de cómo gobernarse.

Después tenemos temas de representación que están a lo largo del informe. Nosotros tenemos un conjunto de diseños institucionales que contribuyen a generar un sistema democrático que en su conjunto funciona con dobles, triples, con cuádruples vetos, en el sentido de que hay un poder fuertemente concentrado en las minorías. Vale decir, el diseño está hecho para favorecer a las minorías y controlar de manera excesiva, en términos de lo que es la evidencia comparada de cómo funciona en otras democracias representativas, en términos de lo que es la capacidad de la mayoría de hacer valer sus posiciones. Y esto tiene que ver, por ejemplo, con el sistema de quóruns calificados, que si bien existe en muchas democracias para lo que son reformas constitucionales, es anómalo que existan para leyes ordinarias en los niveles que nosotros los tenemos.

Nosotros teníamos un sistema binominal que tenía un efecto de sobre representación de las minorías, un sistema de quóruns que le entrega el voto a la minoría, y un Tribunal Constitucional que si bien no es excepcional, sí tiene características excepcionales ex ante de control de legislación, que también constituye una tercera forma de favorecer a las mismas minorías. En su conjunto, eso ha contribuido a tener una democracia marcadamente anti mayoritaria.

Por último, tenemos un sistema de financiamiento que también está siendo reformado hoy día. Primero, no teníamos nada hasta la reforma del 2003, a lo que claramente también ha contribuido a debilitar lo que son los partidos y el funcionamiento colectivo de la política.

Había planteado el tema normativo, pero también hay un tema de práctica. Por ejemplo, el tema no es solo que exista vulneración de derechos formales. La Ley Antiterrorista no está escrita como una ley que se aplique solo a los pueblos indígenas, pero en la práctica, y esto lo han planteado en repetidas ocasiones tanto los relatores especiales en Derechos Humanos de las Naciones Unidas como de las Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la estarían aplicando fundamentalmente para el disenso del derecho social de los pueblos indígenas y no para la protesta o el disenso y no para actos que podrían ser concebidos como terroristas de quienes no son indígenas.

Entonces hay problemas que tienen que ver con diseño institucional y otros que tienen que ver de cómo



nuestras instituciones funcionan en la práctica, y en la práctica vemos que hay múltiples factores que hacen que esta inhibición de derechos se vea potenciada para un sector de la población.

Esto, en términos de representación, es bien evidente. En el Congreso esta cifra que mencionamos a menudo, que el 85% de los parlamentarios son hombres, cuando en los años 1990, era el 95%. Y cuando vemos la procedencia de origen del 85% de hombres, comprobamos que prácticamente el 70% son nacidos en Santiago. Es una proporción bastante importante. Y en el Senado, provienen de dos o tres comunas de Santiago y de dos o tres colegios de Santiago.

Este país, a pesar de que tiene según la declaración explícita del Censo un 10% de correlación indígena, no tiene ni un solo representante indígena en el Congreso, lo que es en América Latina una anomalía. Y así sucesivamente.

Ahora, el problema de representación que existe en el Congreso, debido a los mecanismos de designación de personas que están en órganos autónomos del Estado, que pasan por el Senado, vemos que ese déficit de representación que tenemos en el Congreso, se reproduce en todo el conjunto del Estado. Ese mismo déficit de representación se reproduce en el Consejo de Defensa del Estado, en el Consejo de Televisión Nacional.

O sea, quienes toman las decisiones de quienes van a ser nombrados en un conjunto de otras instituciones tienden a reproducir este mismo sesgo, y por lo tanto nuevamente tenemos no solamente en el Congreso, sino en los directorios de las empresas públicas, etcétera, y un largo etcétera, una brutal ausencia de mujeres, de indígenas, o personas de otras regiones, que hace que un vasto sector de la sociedad esté ausente de un conjunto de instituciones donde se toman decisiones claves para Chile.

Por último, en términos de práctica, tenemos una participación decreciente. Nosotros lo hemos venido diciendo hace mucho tiempo que cuando a veces se dice “bueno, es cierto que las instituciones tienen mala prensa, que los partidos son mal evaluados, pero eso dicen las encuestas o eso pasa en todas partes”.

Una de las cosas que nos gusta mostrar tiene que ver con la participación electoral. Hace rato que estamos viendo que la distancia de los ciudadanos respecto a las instituciones formales de la democracia no son solo opiniones en encuestas, también hace mucho rato que los ciudadanos están mostrando esta desafección en términos concretos, por ejemplo a través del voto. En la pendiente de cómo vamos en participación electoral, vemos que en la primera elección de 1989, más del 80% de la población mayor de 18 años votó en esa elección. Hoy día el porcentaje está entre el 50% y 60%. O sea, tenemos una baja muy importante de participación electoral.

Cuando vemos esta participación electoral a nivel mundial, lo que hemos planteado es que Chile está dentro de los cuatro países del mundo en que más ha bajado la participación electoral en los últimos 20 años. Esta caída no está en el promedio de América Latina, no está en el promedio del mundo. Nosotros no estamos en la medianía. Nuestra situación de baja participación es más que preocupante.

América Latina es una de las regiones donde habitualmente son mal evaluados los congresos y los partidos políticos. Tenemos por tradición de muchísimas décadas que los ciudadanos son muy críticos de sus instituciones democráticas, y aún en América Latina, nuestra situación no es igual a todos los países.

Lo primero que podemos concluir del gráfico propuesto, es que no en todo el mundo está disminuyendo la cantidad



de gente que vota. Hay muchos países donde o se ha mantenido igual o está aumentando la cantidad de personas que votan. Entonces ahí hay una diferencia importante. Estamos junto con Costa Rica, con los países de la región donde más han disminuido las personas que votan, pero si miramos casos como México, Ecuador, Perú o Bolivia, incluso Estados Unidos, que tiene niveles relativamente bajos en la participación electoral, la participación ha tendido a aumentar en las últimas décadas.

Cuando miramos el conjunto, es bien relevante para el debate constitucional, porque es un tema del cual hay que hacerse cargo, porque cuando miramos este gráfico, la barra de arriba muestra los escaños recibidos por los partidos que tienen representación en el Congreso. Éste es uno de los indicadores que se muestran habitualmente para demostrar que Chile es uno de los países que tienen la más baja volatilidad electoral; cambian muy poco las preferencias y hay una alta estabilidad de la adhesión que reciben los partidos que hoy están en el Congreso.

O sea, los mismos partidos se han repartido los escaños más o menos igual en los últimos 20 años.

Pero al analizar la línea sólida que va cayendo, son los votos que esos partidos reciben y esto es un producto del sistema binominal: mientras mantienen la misma cantidad de escaños, los votos que han ido recibiendo, han ido decreciendo de una manera sistemática, y la rayita que va fluctuando es la adhesión que tienen, la identificación.

Cuando le preguntamos a las personas si se identifican o no con esos partidos. Entonces, el vacío que hay entre quienes están hoy en el Congreso y quienes votaron por ellos o quienes se sienten identificados por esos partidos, es muy significativa. Ahí hay una brecha de la cual ciertamente nos tenemos que hacer cargo. En el Congreso la situación es más o menos similar a los partidos.

Uno de los puntos de discusión que hemos tenido en el debate público, es que la gente dice bueno, y eso es cierto, no todos los desajustes que tiene la democracia se resuelven con cambios a la Constitución. De hecho una gran cantidad de problemas que existen hoy día en el ambiente democrático no pasan por un cambio constitucional. Y eso es cierto.

A mí me tocó participar en la Comisión Anticorrupción y la gran mayoría de las cosas que estaban en el informe de la Comisión no estaban por cambios constitucionales. De las 236 propuestas, había cuatro que tenían que ver con cambios constitucionales y el resto eran todos o legales o administrativos.

Uno podría decir que la agenda de probidad en realidad, pasa por el lado, es paralela, simultánea, y no tiene que ver necesariamente en términos normativos. Y eso es cierto.

Lo que planteamos es que la respuesta de cuánto tiene que ver el funcionamiento de la democracia en términos normativos jurídicos, es ni todo tiene que ver con la Constitución, pero tampoco es cierto que nada tenga que ver con la Constitución.

Hay aspectos que sí tienen una relación importante; hay aspectos del funcionamiento, sobre todo de la forma que la Constitución define las reglas del juego y la toma de decisiones dentro del Congreso y lo que ha sido el esquema de representación, que sí tiene un efecto bastante importante respecto al funcionamiento de la democracia.

Entonces, la respuesta en términos normativos jurídicos, creo que es en algún punto intermedio. Obviamente no todos los problemas del sistema democrático se resuelven con cambiar la Constitución. Quienes creen que con una



buenas Constituciones, por buena que fuera, vamos a resolver los temas de prácticas, por ejemplo, o de discriminación. Obviamente eso no es así. Cambiar una Constitución no tiene que ver con la forma en que han venido evolucionando las relaciones entre instituciones y ciudadanos, pero sí en una parte importante.

Pero lo que sí vemos -creo que es un fenómeno más reciente- es que cada vez más los problemas de legitimidad de instituciones, los problemas de apego y de confianza en el Congreso, en los partidos, ha terminado estando vinculado al tema constitucional.

Hoy día los ciudadanos y ciudadanas ven cada vez más esto como un continuo, y asocian cuando se les pregunta por la Constitución, cómo quieren cambiarla y cuánto quieren cambiarla; asocian al tema constitucional a su crítica al funcionamiento del sistema político. Esto puede ser correcto o no términos jurídicos o normativos, pero es lo que está pasando en términos normativos o sociales, y se ha ido acrecentando. Cada vez más los ciudadanos tienden a hacer un todo con la Constitución, con en el Congreso, con los políticos, y con la política y por lo tanto lo ven como parte del mismo problema, y lo ven como parte del cuestionamiento de legitimidad que tiene el sistema político en su conjunto.

Cuando preguntamos respecto de si se necesitan cambios profundos en la Constitución Política -di algunos datos nuestros del último informe de Desarrollo Humano- el 65,7% dice que sí, el 20% dice “moderado” y solo 5,2% dice que no se necesitan cambios. Es decir, una inmensa mayoría señala que se necesitan cambios profundos.

Preguntamos además cuán importante es cambiar la Constitución Política, y el 76 % dice “muy importante” o “bastante importante”. Sólo el 9,7% dijo que no sabe o no responde y el 14% cree que “no es importante”. Entonces no sólo hay una sensación de que hagamos este cambio, sino que además “nos parece importante”.

Esta encuesta de Desarrollo Humano es cara a cara y tiene el doble de casos de las encuestas nacionales. Ésta tiene alrededor de 3500 casos, y son representativas de las macro zonas del país.

Les preguntamos ¿por qué cree que hay que cambiar la Constitución?, pregunta que no se hace habitualmente. Y lo que vemos es que el 31% dice “por el contenido”. Quizás en esta discusión normativa jurídica, si sirve o no sirve, si cumplió con los objetivos, el 31% dice que por sus objetivos y el 21% dice que porque se generó en dictadura. Ahí está ese sector de la población que cree que el problema es de legitimidad de origen, y 13% cree que es por las dos cosas juntas, que es porque no funciona y por su origen. Un 13% dice que no sabe y 4,5% responde otra cosa. Este es un dato importante, porque a veces se piensa que la demanda de cambio está solo asociada al problema de la legitimidad de origen y los datos que tenemos por lo menos muestran que eso es bastante más matizado. Hay solo 20% que cree que el problema es solo de la legitimidad de origen.

Hay pocas preguntas, pocos estudios que se han tratado de meter en el tema del mecanismo o de cómo lo cambiamos. La única encuesta que hasta ahora ha preguntado esto, es la encuesta de la Universidad Católica (Latin American Public Opinion). Es una encuesta que se hace en 23 países de la región incluyendo Canadá y Estados Unidos.

Esta pregunta se hizo la última vez en 2012, la Universidad Católica preguntó cómo les gustaría que se cambiara la Constitución. Entonces las opciones eran que la ciudadanía decida votando a favor o en contra de dicho proyecto -uno podría interpretar algo como democracia participativa, plebiscito, o algo por el estilo- el 89%; que el Congreso como representante de la sociedad decida a favor o en contra de dicho proyecto, el 11%.



Esto es claramente consistente con este cuestionamiento a las instituciones y lo que muestran otros datos del Informe de Desarrollo Humanos, vemos que hay una tensión cada vez mayor respecto a la idea de delegar, la idea de que quienes toman las decisiones como ajenos, lejanos, que no los representan, que no les tengo confianza.

En realidad ahí hay un problema de a quién definimos como quien puede tomar estas decisiones, cuando los ciudadanos y las ciudadanas tienen una situación como a priori de “en realidad no les creo, cuando en realidad no quisiera que sean otros los que tomen las decisiones”.

Para ir terminando, los desafíos para el debate constitucional, desde nuestra perspectiva nuevamente.

Primero el tema de legitimidad, que según lo que hemos venido planteando es uno de los grandes desafíos del sistema democrático chileno. La legitimidad de las instituciones es un tema de preocupación, es un tema que se viene agudizando. Todos los datos que tenemos son del año pasado, antes de la crisis de corrupción que hemos vivido durante los últimos seis meses.

En unos meses más haremos una nueva encuesta nacional con muchas de estas preguntas. Creo que es obvio que muchas de estas tendencias de baja de confianza y cuestionamiento de las instituciones se verá agudizado. Ya los datos eran malos hasta antes del escándalo de SOQUIMICH, PENTA, SQM, CAVAL etcétera, etcétera.

Ciertamente los datos van a ser peores una vez que esto esté incorporado en las opiniones de las personas.

En cuanto al tema de la legitimidad, qué es lo que hace relevante poner sobre la mesa y no perder de vista para el debate constitucional, que las reglas y procedimientos que se elijan tienen que ser reconocidos por los ciudadanos como justos. Tenemos que pensar que el proceso tal como se defina y los procedimientos y las reglas que seleccionen deben ser reconocidos como justos.

Segundo, creo que éste es un tema que ha estado bastante más ausente de los debates de los constitucionalistas en tanto que la deliberación tiene que ser sobre la forma y el fondo.

Hay una clara distancia entre élites y ciudadanos, porque las élites tienen una fuerte preocupación por el fondo y los ciudadanos, en realidad, están preocupados por la forma y por quienes van a tomar las decisiones. Y esto nos guste o no, es así. Esto no significa que uno tiene que actuar para las encuestas o caer en prácticas populistas y leer las encuestas para decir lo que vamos a hacer, aun cuando se trate de seguridad ciudadana parece que no tenemos un problema con este comportamiento, pero pensando en que estamos de acuerdo en que ésta no es la forma en que se toman las decisiones importantes en un país, no se trata de responder a las encuestas, se trata de ¿cómo nos hacemos cargo de esta demanda que hay, de esta necesidad que hay por mirar formas que den confianza a todos y todas? Para eso nos parece que es importante buscar formas de innovación en términos de la participación y de la inclusión, que efectivamente muestren que las decisiones que se toman y que quienes tomen las decisiones son un grupo que representan a la sociedad en un sentido amplio.

Es un desafío ciertamente en nuestro país en que hay una fuerte demanda de participación con un escaso interés por participar. Y eso es algo que es un tremendo bloqueo, porque las personas dicen que quieren participar, quieren espacios que sean representativos, no quieren que las mismas élites de siempre sean las que toman las decisiones y sin embargo,



por el mismo descrédito de la política tienen poca motivación e interés en participar. Entonces acá estamos como el huevo y la gallina, hay un problema que es muy difícil de resolver. Si nos preguntan a nosotros que más allá del fondo, de la parte normativa jurídica, la redacción de una nueva Constitución puede ser una oportunidad de encuentro entre la ciudadanía y las élites que puedan mejorar los niveles de legitimidad.

Respecto de la participación hemos estado haciendo un análisis comparado de los procesos constituyentes en otros países, y lo que vemos es que la participación de los ciudadanos puede acompañar cualquier mecanismo de redacción de la Constitución, sea cual sea el espacio que se defina y puede ser más o menos amplio en distintos momentos.

Los ciudadanos pueden participar en el inicio, en los temas que hay que debatir al inicio del proceso; pueden ser electores de los individuos que van a redactar la Constitución, como ocurre cuando se convoca a una Asamblea Constituyente, o pueden ayudar a redactar. Muchos países han hecho experiencias de comisiones, de grupos, de audiencias regionales, donde se recogen propuestas de los ciudadanos que van siendo incorporadas en los textos. Pueden ser consultados, sea cual sea el espacio que redacta, ya sea un congreso constituyente, una asamblea, una convención, una comisión de expertos, hay mecanismos de consulta que pueden ser utilizados.

Por último, en la inmensa mayoría de los casos, prácticamente no hay país que escriba una nueva constitución que no utilice el mecanismo de un plebiscito al final. Incluso, es bastante más recurrente que las dictaduras o los regímenes autoritarios siempre usan plebiscitos al final, porque es la manera de legitimar las constituciones. Es nuestra experiencia, pero no es algo aislado.

Todos los países que han escrito constituciones bajo regímenes autoritarios en los últimos 50 años han realizado plebiscitos al final del proceso. Las democracias también. Pero es un mecanismo que se usa siempre como lo mínimo. Eso está siempre.

Las reglas del juego para la democracia Siglo XXI, es lo que planteábamos antes. Sin reglas adecuadas para la sociedad de hoy, vamos a seguir entrapados en esta desconfianza. Estamos avanzando fuertemente en una agenda de reformas políticas que justamente está mejorando, cambiando, adecuando, nuestras reglas del juego, la reforma al sistema electoral, la ley de partidos, el financiamiento del SERVEL, la ley de cuotas. Hay un conjunto de reglas y normas que se han ido adecuando que van a contribuir fuertemente a mejorar el funcionamiento del sistema democrático en estos aspectos.

Hay otros temas pendientes, como la participación de los pueblos indígenas, por ejemplo, que es un tema que todavía no ha sido discutido, pero necesitamos tener una discusión sobre las reglas que permitan avanzar en mejorar el sistema democrático.

El tema del tiempo y de la urgencia, esto lo discutíamos el año pasado en un seminario, y ciertamente ha cambiado radicalmente el contexto hoy día. El año pasado la discusión era si se iba a alcanzar o no, y hoy día estamos discutiendo si es el momento oportuno o no. Hoy día además estamos discutiendo si es el momento oportuno por el tema de la crisis económica.

Hay un debate que está cada vez más instalado. Los especialistas creen que hay que discutir sobre una nueva Constitución. Hay un cierto acuerdo entre las comunidades académicas; hay una demanda de la ciudadanía y sin embargo todavía no nos logramos poner de acuerdo en cómo y cuándo. Es probable que quizás no nos vamos a poder poner de acuerdo en el cómo y cuándo en este periodo presidencial, y esto va a terminar corriéndose.



La experiencia de otros países muestra que los procesos constitucionales se pueden demorar diez años fácilmente, desde que se inicia formalmente hasta que uno termina con un texto aprobado.

Entonces no necesariamente es tan terrible que nos demoremos, a mi manera de ver. Lo importante es que en algún momento las reglas que se van definir sobre cómo lo vamos a hacer, ojalá sean producto de un proceso de deliberación amplio, y que concite un suficiente apoyo y legitimidad de la ciudadanía para que lo que salga de ese proceso sea efectivamente reconocido por todos como legítimo.

Claramente la tensión entre las élites y la ciudadanía es algo que nos va a seguir acompañando. La preocupación por el fondo de las élites, el miedo de algunas partes de las élites a cambiar las reglas del juego, con esta creciente presión de los ciudadanos por participar de la forma, es algo donde hay que buscar un punto de equilibrio donde se den garantías a unos y otros que vamos a poder discutir sobre el fondo, con reglas y procedimientos y un nivel de inclusión de todos, para que también la ciudadanía se sienta representada.

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B.: Vamos a iniciar el primer panel sobre Principios de Orden Constitucional Chileno y la necesidad del reconocimiento de los principios.

En primer lugar expondrá acerca de las Relaciones entre la Persona y el Estado y la necesidad o no de su constitucionalización, la profesora Carolina Salas, Abogada de la Universidad Católica de Valparaíso, Doctora en Derecho por la Universidad de Castilla la Mancha y profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Católica del Norte.

La profesora Salas expondrá sobre Las Relaciones entre Sociedad y Estado: Desafíos para una Nueva Constitución.

PROFESORA CAROLINA SALAS S.: En primer lugar, de acuerdo a las normas de buena crianza, agradezco la invitación formulada por la profesora Ana María García, en representación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, para generar este espacio de reflexión sobre un tema que, como bien nos explicaba nuestra expositora principal, está ya instalado en nuestra sociedad y sin duda está afectado por la contingencia nacional.

Por lo tanto es relevante a mi juicio contar con este espacio de discusión y, sobre todo, rescatar que esta discusión pueda también enriquecerse con un aporte desde lo femenino; desde una mirada que es diferente a la genérica, que sin duda contribuye a que este sea un debate mucho más profundo, y mucho más elaborado.

El tema que les voy a exponer es *Las Relaciones entre Sociedad y Estado: desafíos para una Nueva Constitución*, tema que abordaré desde una perspectiva de los principios que a mi juicio, ésta es una opinión personal, debieran estar presentes en una Constitución que pretende normar una sociedad mejor.

Al revisar las relaciones entre Sociedad y Estado, debemos iniciar por examinar la historia. En este sentido, sabemos que desde la Revolución Francesa, en los albores del constitucionalismo liberal, se ha construido una relación entre el Estado y los ciudadanos que es de carácter indisoluble, la que se traduce básicamente en la participación de los mismos en la



organización estatal mediante la calidad de gobernante, a través de designaciones o elecciones; y la calidad de gobernado como receptores de las decisiones públicas. De ahí que podemos distinguir entonces ciudadanos activos y ciudadanos pasivos. Esta es la base a partir de la cual se estructuró la generalización del sistema democrático representativo en el ámbito político y la profesionalización de la esfera administrativa.

Pero las demandas actuales de nuestra sociedad, no encuentran respuesta en esta visión más bien clásica que nos entrega el constitucionalismo. Por ende, vamos a partir por perfilar brevemente a los actores de esta relación fundamental: Sociedad y Estado al día de hoy en el Siglo XXI.

Con relación a las características que tiene nuestra sociedad actual, de la cual la chilena por supuesto no está excluida, algunos le llaman sociedad postmoderna y la caracterizan como una sociedad compleja, mutable e inestable. Bauman afirma que se trata de una “sociedad líquida”, pues no permite que se asienten las novedades sociales, tecnológicas, científicas u otras, pues rápidamente las cambia, y por ende se alimenta de su propia transformación y reproduce este esquema de constante y acelerado cambio. Por tanto, de cara al futuro, lo único cierto que podemos avizorar es precisamente un escenario de más y mayores cambios. De hecho, algunos hablan de una transición hacia la construcción de un nuevo paradigma como modelo concreto de la realidad social y cultural en este espacio de tiempo, y que afecta a la ciencia, la tecnología, la salud, educación, economía, derecho, religión e incluso la mística.

Por su parte, el Estado, como el otro actor de esta relación, es un Estado superado por una realidad cambiante y que cuenta con un aparataje administrativo interminable, lleno de cuadros técnicos y muchas veces incapaz de dar respuesta rápida a las necesidades que se van presentando a nivel social. Se trata más bien de un Estado reactivo, incapaz de planificar el siguiente paso, cuyo funcionamiento se ve indudablemente afectado por desigualdades económicas y sociales; por la migración y los choques culturales consecuentes; por el desarrollo de la ciencia y tecnología; por el excesivo formalismo; y por la opacidad y distanciamiento en la toma de decisiones, entre otras.

Tomando en consideración este somero diagnóstico, es que nuestra propuesta dice relación con la necesidad de constitucionalizar algunos principios que pueden a mi juicio colaborar a mejorar las relaciones entre esta sociedad y Estado.

En este sentido, me parece trascendental elevar a principio de carácter constitucional al Principio de la Participación social. No seríamos pioneros en este sentido, pues existen ejemplos latinoamericanos como en el caso de Colombia. Pero entender el principio de la participación social como un principio definitorio del Estado de Derecho, alude a reconocer una base constitucional a partir de la cual se organizan diversos mecanismos e instancias que posee la sociedad para incidir en las estructuras estatales y en las políticas públicas.

En la actualidad, el debate sobre participación social, se refiere a otro universo de mediación entre la sociedad y el Estado. Me refiero a la democracia participativa, por oposición a la democracia representativa, que está siendo objeto de críticas a propósito de la contingencia nacional. Aunque no me parece que ambas sean excluyentes, a mi juicio, es clara la necesidad de actualizar el concepto de responsabilidad en la conducción del Estado, del Gobierno y de la sociedad. Pues es cierto que los cuadros políticos y gobernantes son los responsables, en primer lugar, de la conducción del Estado y la sociedad, pero ya es tiempo que el ciudadano reflexione y cuestione sobre su propio e individual rol que le cabe en la conducción de los destinos sociales, y para ello, debe haber un espacio para hacerlo.



La democracia participativa no implica asistencialismo ni paternalismo. Así, la participación social, ahora entendida como principio definitorio del Estado, debiera penetrar necesariamente en las áreas económica, administrativa y política. Ello necesariamente apuntaría a la formación de una nueva cultura, que a mi juicio se encontraría más acorde con las necesidades de la sociedad actual. Como consecuencia de esta visión, es necesario entonces la creación de un contexto que se encuentra ligado a otros principios e instituciones jurídico-políticas.

En primer lugar, esta visión afecta directamente al modelo de Estado que es necesario reconocer en un nuevo texto fundamental, y la fórmula “Estado social y democrático de Derecho”, debiese ser una declaración expresa y no el resultado de una fusión de diversas normas que unidas a través de un ejercicio de interpretación sistemática, nos dan como resultado una cláusula de Estado Social, cuando sabemos que la carta de 1980 tiene un techo ideológico bastante claro.

Luego, como consecuencia lógica de reconocer este principio y a modo de garantía también, es necesario reconocer el principio de pluralismo social, político, cultural y territorial. Ello da fuerza para construir un concepto de descentralización mucho más potente que una mera declaración política. También se convierte en un principio articulador del Estado, más bien en un desafío político, jurídico y administrativo, orientado a la efectividad del respeto y promoción del pluralismo, que llevaría directamente a dotar de mayor fuerza al sector comunitario ligado a las administraciones locales y regionales.

Se concatena lo anterior al reconocimiento de los principios de solidaridad y subsidiariedad. Ambos son complementarios, ya que no hay solidaridad privada con indiferencia de lo público. El Estado es garante de la solidaridad, porque sólo él tiene la capacidad de velar por una distribución equitativa de los ingresos de la riqueza, de los beneficios del progreso así como de los sacrificios y las responsabilidades.

Por su parte, la subsidiariedad, obliga a respetar la autonomía y actividad de los cuerpos intermedios, cuestión fundamental en el Estado actual, en todos aquellos ámbitos en los cuales dichas organizaciones pueden cumplir su rol social con éxito, debiendo el Estado intervenir en el plano económico toda vez que sea necesario. E interviene, corrigiendo las imperfecciones del mercado.

La subsidiariedad permite la participación en la vida económica y en la vida política. Eso es algo que hemos aprendido en estos más de 30 años de la Constitución de 1980. Y es positivo, además, que esto sea matizado con el principio de solidaridad, ya que no nos hacemos a nosotros mismos solos. Cada quien debe poder ser verdaderamente sí mismo, tanto para beneficio individual, como también para el más alto beneficio de toda la comunidad en la que estamos insertos.

Ahora, una consecuencia es reconocer el principio de participación social, es el reconocimiento expreso del derecho de la participación política, como derecho fundamental exigible y protegido con garantías efectivas. Este derecho hoy cuenta con estándares internacionales, tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como en la Convención Americana de Derechos Humanos, y por ende con jurisprudencia tanto de la Comisión de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que reconocen dentro del contenido esencial de este derecho, la facultad de acceder a la función pública, el derecho a participar en la dirección de asuntos públicos, el derecho a sufragio activo y pasivo y el derecho de acceso a la información pública.

En general, esta jurisprudencia reconoce que el ejercicio de estos derechos políticos cuenta con una garantía institucional: el principio democrático. Ello a su vez, nos obliga a examinar las especificidades que nos entrega la realidad actual desde una



perspectiva política de la participación:

1. *En primer lugar, tengo que hacer presente que la mirada de género es extraordinariamente necesaria en esta perspectiva de participación, pues la baja participación política de la mujer tiene razones que son bastante claras y son de índole social y cultural, que no van a ser eliminadas con una ley de cuotas. Cuestión que lo dejo para la discusión posterior que se pueda originar en este seminario.*
2. *En segundo término, el reconocimiento del principio de participación en su vertiente política debe necesariamente considerar el reconocimiento de la participación de los pueblos originarios. Existe un Convenio Internacional que lo regula y que a mi juicio es imposible seguir desconociendo si se desea construir una sociedad mejor de la que tenemos, entonces en este nuevo proyecto país todos deben ser invitados. A mi juicio, ya es tiempo de reconocerles el lugar que estos pueblos tienen en nuestra historia y en nuestra cultura. En el decir de Ferrajoli, no se puede seguir manteniendo una situación de desigualdad jurídica evidente, que se agrava con la aparente paradoja de la defensa de la democracia y del Estado-Nación, ya que el sistema democrático debe naturalmente tender a desfigurar la tensión entre el “nosotros” y los “otros”, entre los incluidos y los excluidos de nuestra rica ciudadanía democrática. Lo contrario, es mantener una situación de trato diferenciado hacia los destinatarios de la exclusión, visión que ya es añeja y para demostrar esto basta con examinar los sistemas constitucionales creados desde los ‘90 en adelante y considerar los ejemplos latinoamericanos que en este sentido nos pueden dar algunas lecciones. Este reconocimiento implica auto determinación política, que no es sinónimo de soberanía; implica identidad cultural, derechos lingüísticos, educación en su propia lengua para que puedan hablar y leer su historia y ver la sabiduría de quienes fueron anteriormente.*
3. *Asimismo, como otra especificidad, ante el fenómeno de la migración creciente, habría que revisar la necesaria articulación política de los extranjeros que, cumpliendo con los requisitos necesarios por supuesto, puedan sentirse parte de la sociedad que ellos colaboran a desarrollar a través de su trabajo, con el ejercicio de derechos políticos.*
4. *Junto a lo anterior, una consecuencia importante de reconocer un principio constitucional de participación social, es el control de la administración del Estado por los ciudadanos, el que se relaciona directamente con los principios de probidad y transparencia. En este sentido hay varias alternativas: Este control puede ser:*
 - i. *Poder de Veto, es decir, acción revocatoria de mandato y remoción de autoridades elegidas democráticamente, que se encuentra presente por ejemplo en Bolivia, Perú, Colombia, Venezuela, Ecuador y Panamá, diferenciándose nada más el tipo de autoridad que se puede revocar.*
 - ii. *Reconocimiento de acciones procesales para los ciudadanos en defensa de los intereses públicos, el que a su vez puede tener diversos matices, desde el derecho de petición de carácter administrativo hasta la acción popular en determinados asuntos y acción de amparo.*
 - iii. *También existe el control social ex ante sobre la Administración, a través de audiencias públicas, exposición pública de proyectos de decisión como por ejemplo: presupuestos participativos, formulación participativa de políticas públicas; planificación y ejecución de proyectos locales, participación ciudadana en entes de regulación, etcétera.*
 - iv. *Otra posibilidad de control a que nos enfrenta la participación política en una clave contemporánea, dice relación con la participación electrónica. Aquí tenemos dos alternativas: el Gobierno electrónico, que Chile ya ha entrado en procesos de cambio y adaptación; y la democracia electrónica, incluso hasta derecho a sufragio electrónico, donde también*



tenemos ejemplos latinoamericanos.

5. Finalmente, un punto importante cuando vemos la participación política, está relacionado al ejercicio efectivo de otros derechos. Y en estos, por ejemplo, son importantísimos el derecho a la expresión; a la opinión, educación, reunión, asociación y también el derecho a la verdad y la memoria.

Como podemos observar, la función del Estado social y democrático, entonces, es servir a todas las personas por esto; su rol y responsabilidad clave es el bien común o interés general. Para ello es necesario un alto grado de eficacia social y es necesaria la implementación de acciones destinadas a facilitar los procesos, evitar las duplicidades y generar controles de gestión política y administrativa más eficientes.

Ahora bien, estas ideas y reflexiones que comparto con ustedes no comprenden simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones a través de referéndums o consultas, o para que revoquen un mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano participe permanentemente en los procesos decisorios no electorales y que inciden significativamente en el rumbo de su vida. Para ello, ya lo dijo el Programa de Acción de Viena:

“Es necesaria la participación de las personas en los aspectos políticos, económicos, sociales y culturales”.

Para terminar quisiera manifestar también mi inquietud con relación al proceso constituyente. Ésta es una reflexión personal que la comparto a propósito de lo que escuchaba de la profesora Marcela Ríos. Es cierto que hay quienes cuestionan las posibilidades de cambio de la Constitución, pero esto revela un profundo desconocimiento de la realidad nacional y latinoamericana. Uno de los grandes problemas de que adolece nuestro sistema en la actualidad, es que las soluciones generales y abstractas son rápidamente superadas, por ende, la intención de colonizar la vida social con respuestas legislativas o ejecutivas de carácter abstracto, de espaldas de la ciudadanía, sólo logran degradar el Derecho y la Política. Ya es hora de aprender que las soluciones que provienen desde la cúspide del sistema y no desde su base, son un error que cuesta caro.

Una Constitución debiese encauzar los procesos sociales y políticos y no al revés. Pero cuidado con las expectativas de cambio también. Las reflexiones sobre modificaciones a la Norma Fundamental que nos llevan a pensar en una sociedad chilena dentro de 30 años más no son automáticas, y van de la mano de la responsabilidad que cada uno de nosotros asumamos en la construcción de esa sociedad del futuro, y es fundamental debatir en torno a preguntas tales como ¿dónde queremos estar?, ¿quiénes deseamos ser? y ¿cómo queremos hacerlo?. Para ello es necesario un proceso de reflexión social antes que político.

Trabajar para transformar las instituciones y hacerlas socialmente más justas, es muy importante, pero por si solo eso no será suficiente para crear el tipo de sociedad que queremos, a no ser que trabajemos para transformarnos también a nosotros mismos. Sencillamente no podemos pensar que la forma de solucionar nuestros problemas es cambiar nuestras instituciones políticas y estructurales si hay problemas más profundos en cuanto a nuestra propia codicia, avaricia y engaño. Al fin y al cabo, las instituciones están hechas de personas.

Muchas gracias.

...Aplausos



PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B.: Agradecemos la exposición de la profesora Carolina Salas, sobre las Relaciones entre Personas y Estado y la necesidad de constitucionalizar ciertos principios.

Dejo con ustedes ahora a la profesora Ana María García Barzelatto, quien se referirá al tema de una Democracia con Mayor Participación Ciudadana.

La profesora Ana María García es abogada de esta Universidad. Es profesora titular de Derecho Constitucional; Directora del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y Directora de la Revista de Derecho Público.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muchas gracias.

Primeramente, deseo agradecer a la profesora Marcela Ríos y felicitarla por su excelente exposición porque cuando las reflexiones van acompañadas de datos empíricos tan ilustrativos, tan completos como los que ella nos ha señalado, es posible hacer propuestas mucho mejores. Así que, profesora Ríos, muchísimas gracias.

El tema que me corresponde desarrollar está muy vinculado con algunos aspectos que ya han sido advertidos por las profesoras que me han precedido en este seminario, referido a la importancia del principio de participación en una verdadera democracia.

Quisiera comenzar destacando la siguiente aseveración: “Chile es una República Democrática”.

Esta es una expresión escueta contenida en el Artículo 4° de nuestra Constitución. Son solo cinco palabras, pero que poseen un enorme contenido doctrinario. Contiene muchísimos principios que deben ser seriamente observados si queremos vivir en una verdadera democracia. No sólo los principios de libertad, igualdad, tolerancia, pluralismo, renovación periódica de los gobernantes, sino que en el centro de este régimen se encuentra un principio rector, que es la participación. No en vano este sistema político fue creado en la antigua Grecia, en la polis ateniense, donde todos los ciudadanos participaban en forma directa, a viva voz, en conjunto reunidos en la Ecclesia para resolver los asuntos públicos.

Entonces, considerando este principio rector que es la participación, se trata de asegurar una amplia intervención de todos los sectores de la comunidad en el proceso político, económico, social, civil, cultural, a través de órganos que deben extenderse a las distintas regiones y territorios del país y no estar concentrados solamente en un lugar, en el centro del país.

Y esto es así, tanto en una democracia parlamentaria como una democracia presidencial o en una democracia semipresidencial.

A veces ocurre que en las democracias parlamentarias como existe la posibilidad de disolver las cámaras, los ciudadanos pueden tener oportunidades mayores para participar en un nuevo acto eleccionario, con la eventual renovación del parlamento, y constituir además un medio eficaz de consulta de la opinión de los ciudadanos.

Pero en gobiernos presidenciales como el nuestro, la relación entre el elector y el representante es mucho más lejana, está fundada en el mandato representativo, y evidentemente que al momento de participar a través de su voto, el elector a lo más podrá advertir el criterio general del actuar de su candidato, la doctrina a la que adhiere, el programa y su trayectoria en el servicio público, pero no podrá mantener con él una vinculación concreta, ni mucho menos directa respecto de situaciones especiales.



Además, el sistema representativo creado por Emmanuel-Joseph Sieyès, en los tiempos de la Revolución Francesa, suponía la existencia del representado y el representante, y lo que se representaba ni siquiera era el pueblo, sino que la Nación, que es un ente mucho más abstracto y complejo. Y nuestra Constitución también, desde varios ordenamientos anteriores, reconoce que la soberanía radica en la Nación. Lo que hace entonces también más distante la relación entre el elector y el elegido.

Por eso son numerosos los autores que hoy advierten la existencia de una crisis de legitimidad del sistema democrático representativo, que tiene su origen no sólo en la débil conexión entre el representante y electores, sino que también en la desilusión de los ciudadanos con sus representantes debido a problemas de corrupción, debido a problemas de ausencia de responsabilidad y de ineficacia para responder a las demandas sociales.

Estas circunstancias han llevado a la necesidad de crear instituciones que permitan al elector no sólo circunscribir su actividad a la elección de los representantes, sino que desarrollar él mismo determinadas actividades que le permitan participar en forma directa en las decisiones.

Se introduce entonces la participación de los ciudadanos en nuevas funciones que exceden con creces la de la simple elección de la persona del gobernante. Estas instituciones son practicadas hoy en varios países de América Latina y desde muy antiguo en Suiza y en varios estados miembros de Estados Unidos de Norteamérica. Igualmente, después de la segunda postguerra varios países europeos las han incorporado en sus constituciones.

¿Y de que se trata cuando hablamos de mecanismos de democracia directa o semidirecta? Se trata de instituciones tales como los plebiscitos, referéndum, iniciativa popular, y, en general, consultas hechas directamente a la ciudadanía.

Norberto Bobbio, define la democracia referida exclusivamente a este principio: la participación. Dice que es un conjunto de reglas procesales para la toma de decisiones colectivas, en el que está prevista y propiciada la más amplia participación ciudadana posible de los interesados.

Nos referimos entonces a la participación, para comprender todas aquellas acciones que tienen lugar al interior de lo social, en forma individual o en forma colectiva y que tienen por objeto posibilitar que la ciudadanía pueda demandar, influir o tomar parte en el proceso de decisiones públicas. Es decir, se concibe como la intervención de la ciudadanía al servicio del interés público.

Ahora bien, para que se dé una participación ciudadana adecuada en un Estado, se requieren ciertas condiciones esenciales.

En primer lugar, es necesaria la publicidad de las cuestiones públicas; que las acciones del Estado estén abiertas al conocimiento público; que haya canales de fluidez entre gobernantes y gobernados; la existencia de un gobierno abierto, transparente; canales de información que fluyan en uno y otro sentido. En este aspecto, la libertad de expresión y los medios de comunicación cumplen un papel relevante.

Otra condición favorable que también promueve la participación es el grado de cultura, el grado de educación cívica y la posibilidad de la ciudadanía de comprender las políticas públicas y sus consecuencias; de valorar el pluralismo y las oportunidades de participar.

Finalmente, una condición importante es que estos mecanismos se regulen jurídicamente a nivel constitucional y a nivel legal.



Ahora bien ¿cuáles son las ventajas de estos mecanismos de participación?

En un excelente libro del autor Camilo Mirosevic, prologado por el profesor Juan Carlos Ferrada, se señalan los siguientes aspectos favorables, con los que creo que difícilmente no podremos estar todos de acuerdo.

En primer lugar, señala que la participación mejora la eficiencia y la eficacia de las políticas públicas.

En efecto, una política pública que es previamente conocida y consultada a la ciudadanía permitiendo su participación a través de mecanismos participativos institucionalizados, tal política tendrá mayor eficacia y mayor eficiencia por la legitimidad que va a tener.

Igualmente, se favorece la educación política. La participación es educativa, involucra al ciudadano en las decisiones públicas; favorece que se vele por el interés general por encima del interés particular. Y, además, es una forma de control social sobre la actividad gubernamental, ya que permite construir un sistema de revisión de cuentas de los agentes públicos.

Pero en otro sentido, no pueden desconocerse los aspectos negativos, peligros o desventajas que puede implicar la participación regulada en forma indebida.

Así, en la intervención inaugural de la profesora Ríos, se señalaba que los gobiernos siempre intentan legitimarse, pero principalmente los gobiernos dictatoriales, que son los más interesados en plebiscitar los respectivos textos constitucionales.

En ciertos casos, ocurre que los mecanismos participativos se prestan a manipulaciones por las élites, porque evidentemente hay que determinar en una consulta ¿quién hace la pregunta? ¿Quién la formula? ¿Cómo la formula? ¿En qué oportunidad? En consecuencia, no pocas veces los plebiscitos han servido a gobernantes para perpetuarse en el poder. Es decir, se disfrazan decisiones ya adoptadas, siendo la participación ciudadana un manto que sólo sirve para legitimarlas.

Se ha señalado por Giovanni Sartori, por ejemplo, que las élites y los grupos de interés persiguen sus propios intereses y arrastran a la mayoría para resolver según tales intereses, favoreciendo, en consecuencia, una especie de corporativismo.

Por último, estos mecanismos pueden también producir una sobrecarga del sistema y la imposibilidad del gobierno de responder a todas las demandas.

Peligros como éstos, aprensiones de esta naturaleza han sido señaladas -ya les decía- por Sartori que es un gran demócrata que ha estudiado en profundidad la democracia, y lo mismo por Robert Dahl, profesor de la Universidad de Yale fallecido el año pasado, quien señalaba estos inconvenientes y sus aprensiones al respecto.

A continuación intentaremos ofrecer un panorama de cómo está regulada la participación en nuestro ordenamiento constitucional, el que, desde ya, podemos anticipar es muy precario.

La reforma constitucional de 23 de enero de 1970 modificó el derecho a sufragio rebajándose la edad para ser ciudadano de 21 a 18 años, y se eliminó el requisito de saber leer y escribir, con lo que el sufragio se hizo universal.

Sin embargo, es con la reforma constitucional de 9 de enero de 1971 que se produce una enmienda de mayor envergadura,



mediante el denominado “Estatuto de Garantías Democráticas”, que introdujo importantes modificaciones a la Constitución de 1925, y que nació, como se recordará, de un pacto entre las fuerzas políticas imperantes.

En síntesis, esta reforma reconoció el derecho de las personas a participar activamente en la vida social, cultural, cívica, política y económica, para lograr una efectiva incorporación de la ciudadanía a la comunidad nacional, agregándose al Artículo 10 de la Constitución un extenso numeral 17°.

Se establece también en esa reforma el deber del Estado de remover los obstáculos que limiten la libertad, de promover y garantizar a las personas y grupos el acceso a la educación y a la cultura. Se da reconocimiento y consagración a ciertos grupos intermedios como son las juntas de vecinos, los centros de padres, centros de madres, sindicatos, cooperativas y demás organizaciones de la sociedad civil para garantizar la participación ciudadana.

Del mismo modo, las organizaciones sociales fueron reguladas como personas jurídicas dotadas de independencia y libertad en el desempeño de sus funciones, también para generar democráticamente sus organismos directivos y representantes, por medio del voto libre y secreto de sus integrantes, no pudiendo tales organizaciones arrogarse el nombre o la representación del pueblo ni intentar ejercer poderes propios de las autoridades del Estado.

Ese fue un primer intento serio de nuestro ordenamiento constitucional para reconocer la importancia de la participación.

En la actual Constitución de 1980 debemos remitirnos, como señalamos al comienzo de esta exposición, a lo que dispone el artículo 4° que declara que “Chile es una república democrática”, norma que trae involucrada la necesidad seria e imperiosa de abrir canales de participación a la ciudadanía.

El artículo 1° contiene una disposición que mandata al Estado “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”. Asimismo da reconocimiento y amparo a los cuerpos intermedios “a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad” y el respeto que el Estado debe a su autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

También en las bases de la institucionalidad encontramos el Artículo 5° que radica la soberanía en la Nación y su ejercicio se realiza por el pueblo, que la ejerce a través de las elecciones periódicas y el plebiscito y, también, por las autoridades que la Constitución establece.

Mediante elecciones por sufragio universal son seis los tipos de autoridades que se eligen en nuestro país: Presidente de la República, senadores, diputados, consejeros regionales, concejales municipales y alcaldes.

En cuanto a los plebiscitos, como vamos a ver, hay dos oportunidades en que es posible pronunciarse a través de ellos: a) con motivo de reformas constitucionales solo para resolver discrepancias entre el Presidente de la República y las Cámaras; y, b) con motivo de los plebiscitos comunales.

Siguiendo con el Artículo 5°, es preciso reparar en lo que dispone la última frase del primer inciso que señala: “Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio”, es decir, el ejercicio de la soberanía. ¿No sería esta una norma prohibitiva del mecanismo semidirecto? De alguna manera, estimamos que el alcance de esa norma es negativo para la participación ciudadana



Avanzando al artículo 15 de la Constitución, éste se refiere al sufragio y a las votaciones populares, disponiendo al efecto “En las votaciones populares, el sufragio será personal, igualitario, secreto y voluntario”. El voto se hizo voluntario con la reforma constitucional del año 2009 (Ley N° 20.337), la que se hizo efectiva el año 2012 cuando se reguló y modernizó el sistema de inscripción automática.

A mi modo de ver, el voto voluntario ensombrece más aún el panorama, porque es un factor motivante de la disminución de la participación ciudadana.

El segundo inciso del Artículo 15 regula la oportunidad del voto disponiendo que “sólo podrá convocarse, a votación popular para las elecciones y plebiscitos expresamente previstos en esta Constitución”.

Con esta disposición queda clausurada toda posibilidad de que el legislador establezca plebiscitos y elecciones, ya que sólo podrán celebrarse aquellos que estén establecidos expresamente a nivel constitucional.

En consecuencia, las posibilidades de participación de la ciudadanía, excluyendo las elecciones, son los plebiscitos en el caso del Artículo 128 de la Constitución (reforma constitucional), los plebiscitos comunales, y las consultas no vinculantes también a nivel comunal. Tales son las posibilidades de participación ciudadana a nivel constitucional en la actualidad.

A nivel legal, con fecha 16 de febrero de 2011 se dictó la Ley N° 20.500 sobre “Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública”.

Esta ley establece como forma de participación ciudadana el derecho de asociación, consagrando la libre asociación de las personas como un medio para expresar la diversidad de intereses sociales e identidades culturales.

Esta ley tiene por objeto hacer efectiva la participación ciudadana a través de la formación de asociaciones. Para ello se ha creado un Registro Nacional de Personas Jurídicas sin fines de lucro, el que se encuentra a cargo del Registro civil e Identificación. Se fomenta la participación de asociaciones con y sin fines de lucro. Se crea también un fondo de fortalecimiento de las organizaciones de interés público el que está constituido por aportes públicos y privados, cuyos recursos tienen por objeto financiar proyectos o programas nacionales y regionales que se ajusten a los fines descritos para las asociaciones de interés público.

Pero a nivel constitucional, volviendo a la idea del plebiscito nacional, éste sólo se puede efectuar con motivo de una discrepancia entre el Presidente de la República y las Cámaras, durante la tramitación de un proyecto de reforma constitucional, no para cualquier materia, sólo para ello. En 35 años ha tenido lugar sólo en tres oportunidades: para la aprobación de la Constitución de 1980; luego para resolver la continuidad de Augusto Pinochet como Presidente de la República el año 1988; y, posteriormente, en 1989 para aprobación de las 54 primeras reformas de la Constitución.

Por su parte, el plebiscito comunal está reconocido a nivel constitucional, pero su regulación se remite a la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, la que dispone que el plebiscito puede ser convocado por el alcalde con acuerdo del Concejo, o por los dos tercios de los miembros del Concejo en ejercicio, o por una proporción de la ciudadanía inscrita en el registro de la comuna. Esa ley exigió en un comienzo el 10% de los ciudadanos inscritos en la respectiva comuna, lo que es bastante elevado. Posteriormente la mencionada Ley N° 20.500 disminuyó ese porcentaje al 5%.



Además la ley señala diversos requisitos y otorga amplias facultades al alcalde, de modo tal que es una institución que está bastante desperfilada, y en los últimos 25 años sólo han tenido lugar cuatro plebiscitos comunales.

En definitiva, no cabe sino concluir que en el ordenamiento constitucional actual, el panorama participativo es deficitario. El derecho de participación, como facultad de los ciudadanos de tomar parte en asuntos públicos de interés general, no está explícitamente reconocido en la Constitución. Lo más reciente en esta materia se regula a nivel legal mediante la Ley N° 20.500, a la que me he referido.

El Artículo 15, inciso segundo de la Constitución y su interpretación posterior por el Tribunal Constitucional, ha representado una limitación para revisar consultas en que participe el cuerpo electoral sobre materias de interés común, por estimarse que son votaciones populares. Así, ha señalado “... El plebiscito es una votación popular, por lo mismo, es excepcional, pues procede sólo en los casos que la CPR señala.” (STC 1868, c.19).

En consecuencia, es preciso avanzar en el reconocimiento constitucional expreso de mecanismos de democracia semidirecta, ya sean plebiscitos, referéndums o consultas tanto a nivel local y a nivel nacional, con una regulación adecuada. La regulación debe considerar las materias que pueden consultarse, el modo de plantear la consulta, la formulación de la consulta, y su oportunidad, y establecer, por supuesto, organismos de control de los procedimientos plebiscitarios.

De este modo, nuestra democracia sin dejar de ser representativa podrá verse complementada por mecanismos semidirectos que sin duda enriquecerán la participación ciudadana y la harán más verdadera y efectiva.

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B.: Agradecemos a la profesora Ana María García, su exposición acerca de La Participación Ciudadana y Democrática.

La profesora Salas responderá algunas de las preguntas de los asistentes.

PROFESORA CAROLINA SALAS S.: Agradezco las preguntas. Voy a dividir un poco la respuesta, porque hay dos o tres preguntas relacionadas con los pueblos originarios.

En relación a los pueblos originarios, el Convenio 169 obliga a consultar a los pueblos originarios cada vez que se adopten decisiones políticas o públicas que afecten sus intereses.

Creo que la posibilidad de reconocer de manera expresa a los pueblos originarios como actores políticos de nuestra sociedad, implica necesariamente tener un diálogo previo con ellos, un diálogo político previo, porque si los reconocemos a nivel constitucional implica necesariamente una serie de consecuencias jurídico legales, por ejemplo, que tienen que ver con el reconocimiento de una institucionalidad para los pueblos originarios, como ha funcionado en otros países. Y yo creo que hay que hacer una consulta.



Además, el texto como está hoy en día es absolutamente insuficiente cuando se trata de pueblos originarios.

Hay una Ley Indígena que tiene varios años, pero que no se basta a sí misma porque evidentemente la realidad la ha superado, y la realidad también ha superado las normas o a los principios constitucionales que podrían ser aplicables a la situación de los pueblos originarios. Pienso que es necesario un cambio expreso, formal y contundente con relación a los pueblos originarios.

En cuanto a la consulta sobre la obligatoriedad del sufragio, creo que viéndolo desde una perspectiva política, si dimos el paso hacia la voluntariedad, para mí no es posible regresar a la obligatoriedad.

De hecho creo que un argumento contundente sería ver la voluntariedad del sufragio como parte del principio de progresividad de los derechos fundamentales, en este caso el derecho de sufragio, entendiendo que la voluntariedad es un estatus mejorado de un derecho obligatorio.

Sé que sociedades contemporáneas del primer mundo también lo tienen obligatorio, pero fue tan discutido en su momento el tema de la voluntariedad que creo que políticamente es impresentable intentar volver atrás. Pienso que la baja participación política en las elecciones tiene que ver con soluciones políticas y no jurídicas normativas.

Finalmente, sobre el tema de Colombia, es posible reconocer la participación como un principio constitucional que permea evidentemente el ordenamiento jurídico. Yo creo que una parte importante en relación a la situación colombiana, es necesariamente la revisión a los estatutos jurídicos de los partidos políticos. Me refiero específicamente a la democracia interna. Es paradójico que los líderes políticos hablen de democracia, siendo que sus propios cuadros, que la democracia interna dentro de los partidos, no es así.

Por lo tanto, si nosotros reconociéramos el pluralismo que es social y político, debiese ser escrito de una manera amplia o general, como una declaración. Hay países que lo establecen en el Artículo Primero, asociado a cláusulas de Estado constitucional, o Estado social y democrático como un valor constitucional y el pluralismo es considerado como algo valioso para la sociedad, y a partir de ese reconocimiento como valor o principio constitucional, permea al resto de las normas hacia abajo.

Muchas gracias.

...Aplausos.

PROFESORA ANA MARIA GARCIA BARZELATTO: Yo creo que la profesora Carolina Salas, ha dado respuesta a todo, y señalaré solo dos acotaciones.

En relación a lo que se preguntaba en cuanto a si basta con reconocer que Chile es una República democrática, el punto es evidentemente que no. Esa es una declaración de principios, pero tiene que verse desarrollado posteriormente en el texto constitucional.

Precisamente, uno de los principios rectores es la participación, y la participación -creo que nos ha quedado claro- es bastante deficitaria.

Este es un punto que hay que solucionar y que hay que completar. Lo que pasa es que también el escenario en que nos



encontramos hoy es muy distinto del escenario en que estábamos cuando se creó esta Constitución. Efectivamente es así.

En cuanto al voto, sin duda el voto es un derecho a sufragio; un derecho que se ejerce en los regímenes democráticos para elegir a las autoridades, pero también es un deber. Si queremos mantener ciertas instituciones; si estimamos que la participación es importante, lo primero que tenemos que hacer es concurrir a las urnas y manifestar nuestra decisión.

Me parece que la voluntariedad del voto ha operado en contra en este país en cuanto a la participación. Considero que es un derecho, pero también es un deber para poder mantener una democracia.

...Aplausos

PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B.: Muchas gracias por las exposiciones de la profesora Ana María García Barzelatto y también de la profesora Carolina Salas.

PROFESOR FRANCISCO ZÚÑIGA: Pasamos al próximo panel, bajo el título Orden Político.

Tengo el agrado de presentar a las profesoras que van a exponer.

En primer lugar bajo el título Hacia un Nuevo Sistema de Gobierno, expone la profesora María Pía Silva Gallinato, Abogada de la Pontificia Universidad Católica, Magister de esa misma universidad, profesora de la Pontificia Universidad Católica y de la Universidad Alberto Hurtado, y coautora el célebre Tratado Constitucional, junto al profesor Alejandro Silva Bascuñán, en su segunda edición.

PROFESORA MARIA PÍA SILVA G.: Muchas gracias.

Quiero plantear en esta ponencia si conviene o no establecer un nuevo sistema de gobierno. El énfasis en mi exposición va a estar puesto en por qué creo que sí, que ello es necesario, y cuáles son los motivos que llevan a que sea conveniente establecer un nuevo sistema de Gobierno en Chile.

Al respecto, para entrar en materia, digamos que desde que nuestro país naciera como república independiente, nuestros textos constitucionales adoptaron el modelo presidencial de gobierno, siguiendo el ejemplo de Estados Unidos, pero siempre con algunos matices de diferencias que lo separan de ese sistema puro de presidencialismo.

El constituyente de 1980, por su parte, no sólo mantuvo esta tendencia, sino que la profundizó, la exacerbó, porque estableció un presidencialismo reforzado, que aumentó fuertemente el poder del Ejecutivo.

Pues bien, dentro de la discusión que se ha abierto en torno a establecer una nueva Constitución para nuestro país, no puede dejar de analizarse un tema tan trascendental, como es resolver si conviene introducir un nuevo sistema gubernativo en ella.

Al exponer algunas ideas sobre esta problemática, me parece indispensable partir diciendo que en el estudio del poder conviene que analizar algunas clasificaciones, y por ello quisiera abordar los vínculos que pueden establecerse entre esas categorías y que son las formas de gobierno, los sistemas de gobierno y los regímenes políticos.



En primer lugar, las formas de gobierno dicen relación con quien detenta el poder y éstas dependen si recae en un individuo, en unos pocos o en el pueblo. En ese último caso hablamos de democracia, cuando recae en el pueblo, porque en ella es la propia sociedad política quien orienta y dirige el poder del Estado, imponiéndose un conjunto de reglas que establecen quien está autorizado para tomar las decisiones colectivas y mediante qué procedimientos, como dice Bobbio -que también citó la profesora Ana María García- adoptando finalmente una forma representativa -si son mandatarios elegidos por el pueblo quienes adoptan las decisiones colectivas- y también actualmente se complementa la democracia representativa a través de algunos mecanismos de democracia directa.

La democracia, además de ser una forma de gobierno, también promueve un modo de convivencia social, en el cual las decisiones se adoptan en forma colectiva mediante la participación y deliberación de los integrantes de la sociedad, con respeto a la diversidad de opiniones y a los derechos fundamentales. La democracia, en ese sentido, es un valor, es un ideal que orienta e inspira la actividad estatal y la de la sociedad.

Ahora bien, como la democracia incluye no sólo una dimensión política, como forma de gobierno, sino que también es descriptiva de una determinada forma material que tiene que ver con un valor porque se vinculan las decisiones del poder al respeto de los derechos fundamentales y a los demás principios constitucionales.

Es la Constitución en definitiva la que determina que puede o debe ser decidido por la mayoría, por lo cual la política queda delimitada por lo que Ferrajoli denomina “la esfera de lo indecible”.

Por su parte, los sistemas o regímenes de Gobierno, que es el tema puntual que voy a abordar, se vinculan con la manera en que se ejercen las funciones más importantes dentro del Estado, teniendo en cuenta especialmente los vínculos que existen entre el Ejecutivo y el Legislativo, a la luz del principio de separación de las funciones públicas acuñado por Montesquieu y que nace como un medio eficaz para evitar el abuso del poder. Es así como pueden distinguirse sistemas de confusión, de separación, de colaboración de poderes y también sistemas mixtos.

Si descartamos el sistema de confusión de poderes por ser incompatible con una democracia, los restantes sistemas se encuentran a su servicio. En efecto, los sistemas de gobierno son meros instrumentos o mecanismos referidos a la estructura y funcionamiento de los órganos de poder público, que se organizan para satisfacer el ideal democrático.

El sistema presidencial se funda en la separación de poderes. En él, el Presidente de la República es Jefe de Estado y al mismo tiempo Jefe de Gobierno; es elegido popularmente por un período fijo; sus ministros son designados por él mismo, se mantienen en sus cargos mientras cuenten con su confianza y se sigue la política que el Presidente determine y no la del Congreso. Mientras tanto, el sistema parlamentario es de colaboración de poderes, distinguiéndose la figura del Jefe de Estado -como símbolo de la unidad del pueblo- de la del jefe del gobierno, quien en definitiva ejerce las funciones de gobierno y administración, para lo cual se rodea de un órgano denominado gabinete que le ayuda a gobernar, requiriendo de la confianza de las cámaras para permanecer en su cargo. Esto ha llevado también a la conformación de sistemas mixtos, sistemas de régimen semipresidencial o sistema parlamentario que vamos a analizar al final del trabajo.

Por último, luego de haber visto las formas de gobierno y los sistemas de gobierno, entremos ahora al concepto de regímenes políticos. Este concepto es más amplio que el de sistemas de gobierno, por cuanto ellos no ponen el acento en cómo se estructura el poder, como ocurre con los sistemas de gobierno, sino en cómo influyen en la dirección política



los otros elementos del Estado, como el territorio, las fuerzas políticas, el fin que persigue un Estado determinado, en un momento de su devenir histórico.

Entonces, teniendo en cuenta esos elementos, un régimen político se caracteriza esencialmente por ser un sistema de instituciones mediadoras entre el Estado y la sociedad, que resuelve los problemas de quién y cómo se gobierna, cómo se relacionan las personas con el Estado y cómo se canalizan los conflictos y las demandas sociales.

La forma en que se encauce la dirección política por determinado régimen, dependerá sobre todo de la idea de bien común, de la idea de interés general que se imponga en la sociedad gobernada en un momento determinado.

Los regímenes políticos son autocráticos cuando el mando se gesta y se realiza desde arriba hacia abajo, constituyendo las dictaduras una modalidad de ese régimen, y democráticos cuando es la propia sociedad gobernada la que encausa el ejercicio del poder estatal.

Ahora bien, en el constitucionalismo actual, las categorías que acabamos de distinguir son recogidas en los textos fundamentales. Si toda Constitución busca limitar el poder, forma parte esencial de ella su parte orgánica relacionada con la organización del poder, pero también su parte dogmática y relacional, vinculada al reconocimiento de derechos y garantías, como también al reconocimiento de ciertos principios fundamentales que impregnan y condicionan el contenido de todos los preceptos constitucionales. Y aquí es donde entra el tema de la democracia.

Pues bien, forma parte de la esencia del constitucionalismo actual reconocer a la democracia como uno de tales principios fundamentales, básicos, que de alguna manera impregna el resto de las normas constitucionales.

Como ya dijimos, la democracia, entendida tanto como forma de gobierno y como principio ético de organización social, legitima los sistemas gubernativos, porque estos se conciben como herramientas útiles para ponerla en práctica y equilibrar el poder en resguardo de los derechos fundamentales. Es por ello que la idea de derecho que inspire al constituyente y que se plasme en el texto y, dentro de ésta, el modo en que se conciba el principio democrático, condiciona la legitimidad, estabilidad y eficiencia del sistema de gobierno que se imponga.

Asimismo, un sistema de gobierno, como instrumento al servicio de la democracia, ha de ser eficaz para satisfacer las necesidades colectivas. Esta eficiencia se entiende como la percepción positiva que tiene la ciudadanía acerca del desempeño gubernativo, independientemente de que ello se manifieste en otorgar determinadas preferencias electorales.

La existencia en un grado importante de insatisfacción frente a la actividad del Gobierno, entendido éste como sinónimo de Poder Ejecutivo, está condicionado además por la forma en que se establecen y ejercen sus funciones el resto de las instituciones democráticas. No está aislado el gobierno del resto de las instituciones democráticas como son el parlamento, los partidos políticos y el sistema electoral. Es decir, si la arquitectura del poder está mal concebida, ello redundará en la eficiencia del sistema gubernativo que imponga la Constitución.

Recogiendo parte del documento que expuso la profesora Marcela Ríos, la Auditoría a la Democracia, que es el documento que elaboró el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, el PNUD -no sé si todos sabían que detrás de esa sigla está la institución de las Naciones Unidas- debo señalar que ese informe da cuenta de que la ciudadanía chilena percibe que no existen mecanismos de control que posibiliten revisar la actuación del Gobierno y hacerse oír



por éste. Además, ante la pregunta de si en Chile es eficaz el Gobierno, en términos de servir al público y responder a sus preocupaciones, se concluye en ese documento, que si bien desde 1990 los gobiernos han implementado políticas públicas satisfaciendo necesidades colectivas, la participación e involucramiento de los ciudadanos en tales asuntos es deficiente. A ello se suma una luz de alerta en relación a la creciente fragilidad de los partidos políticos y a la debilidad del Congreso para cumplir adecuadamente con sus funciones legislativas, fiscalizadoras y de representación popular, lo cual puede impactar en el mediano y largo plazo en la eficacia gubernamental.

La escasa vinculación que existe entre quienes toman las decisiones y la colectividad, unida a la denuncia por casos de corrupción que involucran a la clase dirigente, a la personalización del liderazgo presidencial y a algunas señales equívocas acerca de la forma en que éste se conduce, han ido desprestigiando nuestro sistema político, conduciendo a una crisis de credibilidad sobre nuestras instituciones democráticas.

Más allá de la coyuntura política, me parece que lo que nos sucede en gran parte se explica tanto por el modelo de democracia como por el sistema de gobierno que diseñara el constituyente de 1980, como revisaremos a continuación.

Recordemos que esta Constitución nace como consecuencia de un quiebre institucional y del propósito de subsistir el régimen democrático que imponía la Carta de 1925. Ello se reflejó especialmente en la mirada negativa que tuvo el constituyente hacia el rol que habrían cumplido los partidos políticos y el Congreso Nacional, al considerarlos en gran parte causantes de esta crisis.

Si bien no puede olvidarse que el texto de 1980 consagra una serie de principios y valores conformantes con lo que se puede denominar un Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho, recogiendo con ello nuestra historia y la doctrina constitucional contemporánea, teniendo en cuenta su origen y la inspiración que guió la tarea de sus principales redactores, la Carta actual puede calificarse como “una Constitución autoritaria, transformadora” conforme a la clasificación que al respecto hace Tom Ginsburg.

En efecto, tomando tal clasificación que hace ese autor norteamericano, la Constitución de 1980 se ajusta plenamente a esa categoría de Constitución porque fue elaborada por un régimen autoritario; está orientada a permitir el retorno de una democracia electoral, luego de un período específico -busca llegar a la transición hacia una democracia-; refleja ciertos objetivos políticos diseñados para ser permanentes con el fin de constreñir hacia el futuro el régimen democrático; y establece un mecanismo de reforzamiento que permite asegurar que esos dos objetivos anteriores se cumplan: que se transite hacia la democracia, pero que el nuevo régimen democrático se halle limitado mediante mecanismos que buscan debilitar su acción, como consecuencia de tener una determinada concepción de la democracia: una democracia protegida, como la denominaba el régimen anterior.

Algunas constituciones surgidas en procesos similares, sin embargo, se han legitimado a través del tiempo en la medida que se han ido democratizando. Ello en gran parte ocurrió con la nuestra, porque desde un comienzo, a través de la aplicación de sus reglas permanentes, impidió la descomposición de la sociedad al controlar las variables económicas y sociales, aseguró gobiernos formados por coaliciones mayoritarias y su texto ha sido reformado para adaptarlo a un modelo más democrático y a nuevas realidades sociales.

Sin embargo, teniendo en cuenta los objetivos que se propuso el Régimen Militar al establecer la nueva Carta, se



comprende que el sistema de gobierno de carácter híper presidencialista que instauró resulta funcional a la idea de derecho que impregna gran parte del texto, fundado en la ya indicada mirada de desconfianza hacia el principio del autogobierno, hacia el principio democrático, que instauró lo que recién señalé: una democracia protegida.

Ello explica su incapacidad para adecuarse a las nuevas realidades que vivimos, marcada por la creciente demanda ciudadana por una mayor participación en la toma de decisiones que afectan a las personas y por una mayor transparencia de la actividad política.

Se trata entonces de un texto que desconfía de varias instituciones democráticas y en la aptitud del pueblo para decidir soberanamente acerca de su destino.

Es así, por ejemplo, en relación a los partidos políticos, el constituyente consideró que solo por razones prácticas y de conveniencia, no podía la Carta prescindir de su real existencia, como lo demandaban varios personeros del régimen militar, que querían prescindir de los partidos.

Entonces por una razón de oportunidad, de conveniencia, se tiene una mirada sesgada de los partidos políticos y ello se manifiesta en que, al regularlos, les demuestra una profunda desconfianza. Ello se refleja en que, al aludir a la asociación en partidos, la Constitución no señala ni su naturaleza ni las funciones que cumplen dentro de una democracia, como tampoco garantiza sus derechos, sino únicamente les impone una serie de prohibiciones o limitaciones, obviando la importancia de su objetivo.

El marco constitucional, por otra parte, permitió establecer un sistema electoral binominal, que permitía subsidiar a quienes resultaban segundos en las elecciones, con lo cual no se aseguraba el gobierno efectivo de las mayorías ciudadanas, dando una sobre representación a las minorías.

Si bien el sistema binominal acaba de ser sustituido por uno de tipo proporcional, subsiste aún en la Constitución un mecanismo que otorga poder de veto desmesurado a las minorías sobre un vastísimo conjunto de materias contingentes y opinables, a través de las llamadas leyes de quórum supra mayoritario, constituyendo también éstas un obstáculo a la libre expresión de las mayorías.

Por último, el rol que cumple el Parlamento en la Carta actual se relaciona directamente con el sistema de gobierno que consagra, porque éste determina el tipo de vínculos que existe entre el Presidente de la República y el Congreso.

Ya expresamos que tal sistema de gobierno ha sido catalogado como un híper presidencialismo, neo presidencialismo o presidencialismo reforzado. El Presidente y el Congreso constituyen los pilares fundamentales de la república democrática que la Constitución propugna como forma de gobierno en su Artículo Cuarto, siendo ambas autoridades que ejercen soberanía sujetas al principio de legalidad, las funciones que ejercen uno y otro reflejan la exacerbación del modelo presidencialista, concentrando el poder decisorio del Estado en el Presidente.

¿Qué características tiene ese modelo que lo llevan a catalogarlo de esa manera?

Existe un robustecimiento de la figura del Presidente, lo que se manifiesta, entre otras reglas, en que al imponerse la segunda vuelta, llega al poder revestido del prestigio que conlleva haber recibido la mayoría absoluta; coincide la renovación de las Cámaras con la elección presidencial, lo que le asegura apoyo parlamentario; se amplía la potestad



reglamentaria más allá de la simple ejecución de la ley; el Presidente ejerce nuevas atribuciones especiales, etcétera.

Sin embargo, donde con mayor claridad se advierte el fortalecimiento del presidencialismo, es al constatar el debilitamiento del Parlamento, lo cual dice relación tanto con el estatuto de los parlamentarios, la facultad fiscalizadora de la Cámara, como la amplitud en que se expresan las facultades colegisladoras del Ejecutivo y la adopción de decisiones suyas que antes requerían del acuerdo del Congreso, todo lo cual redundaba también en la disminución del principio de representación popular y en un déficit de los congresales en materias de responsabilidad.

Es así como el estatuto de los parlamentarios se resiente al incorporarse una serie de prohibiciones que les afectan: el ámbito de la inviolabilidad ha sido reducido; las vacancias se llenan a través de un mecanismo ajeno a la voluntad popular -en la Constitución anterior las vacancias se llenaban a través de elecciones complementarias-; el Presidente de la República -de eso todos hemos sido testigos- remueve a los parlamentarios para cubrir cupos ministeriales, con lo cual se produce una vacancia parlamentaria que se llena a través de un partido político que decide quién va a ocupar la vacancia. Por lo tanto la idea de representación popular se aleja, lo cual atenta en contra de la voluntad popular y también de la debida autonomía que debe reconocerse a las Cámaras.

Además la facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados no es realmente eficaz a pesar de las reformas introducidas el 2005. Las interpelaciones no han tenido el resultado esperado como mecanismo de control, constituyendo más bien un ejercicio mediático; la labor de las comisiones investigadoras tampoco ha producido el impacto esperado.

Por otra parte, es en la función colegisladora del Parlamento donde se vislumbra mayormente el afán del constituyente de debilitar su soberanía: se reduce el ámbito de la autonomía de las Cámaras para dictar sus reglamentos, al confiar a una Ley Orgánica Constitucional regular su funcionamiento; se restringe el ámbito de las materias de ley; se incrementan las que son de iniciativa exclusiva del Presidente, quedando una esfera muy reducida a la iniciativa parlamentaria; muchos asuntos se excluyen del principio de la simple mayoría, al establecerse leyes supra mayoritarias respecto de ciertas materias; como ya hicimos presente las Cámaras no están facultadas para calificar el grado de urgencia de un proyecto, etcétera, etcétera.

Por último, si bien para algunos nombramientos se requiere el acuerdo del Presidente y de alguna de las Cámaras, se suprime el pase que el Senado le otorgaba al Jefe de Estado bajo la Carta anterior para designar a los agentes diplomáticos y a los altos mandos de las Fuerzas Armadas.

Ante este panorama me parece que una nueva Constitución debería imponer una estructura gubernamental que, recogiendo nuestra idiosincrasia e historia, permita una mayor coordinación entre Ejecutivo y Legislativo y se ajuste a los principios de una democracia deliberativa, la cual -según Gargarella- se funda en una concepción anti-elitista, en la capacidad de transformar las preferencias de los sujetos que intervienen en el proceso deliberativo y en la racionalidad de la discusión.

Deberían, por lo tanto, introducirse cambios en el sistema de Gobierno, corrigiéndose la grave y peligrosa concentración de poder en la Presidencia de la República.

Una de las posibilidades de corrección al hiper presidencialismo consiste en realizar derechamente un cambio en el sistema de gobierno, instaurando en Chile un gobierno semipresidencial, que asigne a personas distintas las funciones



de Jefe de Estado, en el cual exista un Presidente elegido en forma directa por un período fijo, con atribuciones ligadas a la política exterior, la defensa nacional y el respeto del orden institucional, y que no requiera de la confianza del Congreso para ejercer su cargo y, por otra parte, un de Jefe de Gobierno, un Primer Ministro que desempeñe las funciones gubernativas mientras cuente con la confianza de la Cámara política.

Esta solución -recogida del derecho comparado- fue propuesta inicialmente en 1980 por el Grupo de los 24 y, más recientemente, durante el año 2012, fue acogida también en una propuesta que en conjunto hicieron Renovación Nacional y la Democracia Cristiana.

Un sistema semipresidencial busca evitar la concentración de funciones en el Presidente, porque ello impide su ejecución eficiente y los bloqueos de poder que tienden a producirse entre Ejecutivo y Legislativo en el presidencialismo, buscando el acuerdo de la mayoría política expresada en el Parlamento. Esa solución supone la existencia de un sistema de partidos fuertes y consolidados, que exprese una mayoría parlamentaria pragmática y estable, con gran capacidad de concertación y colaboración. Pero, por otra parte, un cambio de esa envergadura supone alterar nuestra mentalidad fuertemente presidencialista, acostumbrada a liderazgos únicos, lo cual no deja de ser un problema.

La otra alternativa al hiper presidencialismo es el fortalecimiento significativo de la capacidad institucional del Congreso Nacional, dando paso entonces a un presidencialismo más equilibrado. Esa fórmula es más acorde con nuestra tradición republicana e idiosincrasia. No puede obviarse al efecto que la confianza que el pueblo chileno ha depositado históricamente en la persona de sus Presidentes ha servido a éstos para tener título legítimo para emprender grandes cambios sociales.

Un presidencialismo más morigerado, sin embargo, no puede conducir al extremo de debilitar tanto la figura del Presidente que sean los partidos y no él quien conduzca el Gobierno.

Ahora bien, sea cual sea la decisión que se adopte en materia de sistema de gobierno, lo más importante es que una Nueva Constitución debe asegurar el gobierno efectivo de las mayorías ciudadanas, construyendo una democracia que sirva como un método legítimo de resolución de los conflictos políticos, para que la ciudadanía tenga la oportunidad real de influir en el proceso de toma de decisiones políticas, ya sea a través de partidos fuertes o de sus representantes en el Parlamento, ya sea también directamente mediante algunos mecanismos de democracia semidirecta -como señalaba la profesora Ana María García- que favorezcan una toma de decisiones más informada por parte de los agentes que tienen esa responsabilidad, pero creemos que todo ello debe implementarse sin debilitar el modelo de democracia representativa.

Lanzo estas ideas porque la verdad es que creo que no nos corresponde a nosotros como constitucionalistas -porque esto es una decisión política- señalar cual decisión es la mejor fórmula. Ambas tienen ventajas y desventajas.

Frente a lo que ocurre actualmente, uno dice “bueno quizás un sistema semipresidencial es bastante ideal”, pero nos encontramos la realidad de que nuestras instituciones democráticas están bastante débiles, frágiles, y ese sistema supone partidos políticos fuertes, supone un parlamento empoderado, supone una cultura que de alguna manera tiene que ir imponiéndose.

Posiblemente en los diálogos que vayan produciéndose en este proceso constituyente, en la medida en que se vaya realizando una educación cívica -es lo que propone nuestra Presidenta- a todos los sectores sociales, poco a poco



podremos ir avanzando para idear las bases suficientes para cambiar nuestro sistema por un sistema semipresidencial, aunque también un presidencialismo atenuado puede ser una buena solución.

...Aplausos

PROFESOR FRANCISCO ZÚÑIGA.: Cabe felicitar la lucida exposición de la profesora María Pía Silva, sobre nuestro régimen presidencialista y sus problemas o patologías.

A continuación corresponde exponer bajo la pregunta “Límites y Control del Poder del Estado. El caso del Tribunal Constitucional, a la colega Sandra Ponce de León Salucci, Abogada de la Universidad Gabriela Mistral, Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Chile y profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Católica de Chile y de la Universidad Mayor.

PROFESORA SANDRA PONCE DE LEÓN S.: Esta Quinta Versión del Seminario de Profesoras de Derecho Público nos ha convocado a reflexionar acerca de los cambios constitucionales que se han planteado en el último tiempo, motivados, fundamentalmente, por las propuestas que contiene, en esta materia, el Programa de Gobierno presentado por la entonces candidata a la Presidencia de la República, señora Michelle Bachelet Jeria.

En dicho documento, como ya hemos escuchado hoy, se sugiere la idea de que nuestro país necesita un Nuevo Texto Constitucional que deberá surgir como fruto de “un proceso democrático, institucional y participativo” y sustentarse “en nuestras mejores tradiciones democráticas; en el desarrollo doctrinal y experiencias de las democracias modernas del mundo occidental; y en el conjunto de derechos, principios y normas plasmados en el derecho internacional de derechos humanos”. Se estima de especial relevancia, a su vez, que “reconozca y garantice” los derechos del “Pueblo Chileno”.

Refiriéndose en concreto al “Sistema Político”, el mismo Programa insta a que la Nueva Constitución declare que “Chile es un Estado social y democrático de Derecho; siendo su forma política una República Democrática”.

A esa declaración de principios se añadiría que “la soberanía nacional reside en el pueblo de Chile, del que emanan los poderes del Estado”, lo cual daría sentido al deseo de modelar o “plasmear una democracia representativa”.

El aludido es el contexto en el que se abordan las enmiendas que se proponen respecto de la integración y la competencia que actualmente presenta el Tribunal Constitucional, conforme a lo establecido en los Artículos 92 a 94 de la Ley Fundamental.

Como esquema de la exposición, en primer lugar, haremos una breve síntesis de las modificaciones que atañen al Tribunal Constitucional. La segunda parte la dedicaremos a lo que creemos más esencial para un espacio de análisis académico como el que nos convoca hoy. Me refiero a recordar las razones que se tuvieron en vista para crear los tribunales constitucionales en el mundo y para reconocer su plena legitimidad como parte del sistema de control del ejercicio del poder por parte de los Órganos del Estado. Y sostenemos que es lo esencial porque sin tener claridad acerca de esas bases o cimientos de la institución que hoy nos ocupa, no puede enfrentarse seriamente el análisis crítico de las reformas que se le intentan introducir.

¿Y cuáles son esas reformas que plantea el Programa de Gobierno?



SISTEMA DE NOMBRAMIENTO DE LOS MIEMBROS DEL TC, DENOMINADOS MINISTROS

En primer lugar, recordaremos que por efecto de la reforma constitucional del año 2005 (Ley N° 20.050), el Tribunal Constitucional sufrió una importante transformación que ha llevado a muchos a referirse a que ese hecho dio comienzo a una tercera etapa de la institución. La primera se extendió desde su creación por Ley de Reforma Constitucional en el año 1970 hasta su disolución por Decreto Supremo en 1973 y, la segunda, en tanto, se inicia con su reinstalación por la Constitución de 1980 hasta su reforma en el año 2005.

Pues bien, a partir del año 2005, contamos con un Tribunal Constitucional que cambia su integración original de siete a diez Ministros, generándose una composición de número par. A ello se agrega que en el nombramiento de los Ministros se hace intervenir al Presidente de la República, designando directamente a 3 de ellos; a la Corte Suprema, que también tiene a su cargo la designación de 3 ministros, y al Congreso Nacional, al que compete designar a 4 ministros. En este caso, 2 de los ministros son nombrados directamente por el Senado y 2 previamente propuestos por la Cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado.

Las circunstancias de que la generación del Tribunal Constitucional no derive de la votación popular, de que sus ministros no sean directamente responsables ante la ciudadanía y de que sus pronunciamientos pueden frustrar y contrarrestar la voluntad de los órganos democráticos (Presidente de la República y Congreso Nacional), especialmente, a través del ejercicio de su atribución de control de constitucionalidad de la ley y de los reglamentos supremos, ha provocado que se califique a este órgano como una institución contra mayoritaria y carente de legitimidad democrática, apreciación ésta que se recoge y se plasma en el Programa de Gobierno. Y para enfrenar precisamente ese calificativo, se propone que el Tribunal Constitucional obtenga legitimidad de origen en la designación, imponiendo que se elimine o se excluya a la Corte Suprema como parte de este mecanismo de generación de los integrantes. ¿Por qué? Porque la Corte Suprema tampoco cumpliría con esta condición de ser legítima en su origen -su integración no es producto de la votación popular-.

Nada se señala en el programa -y eso lo recalcamos- respecto del procedimiento de designación que debe guiar el respectivo nombramiento, sino solo se excluye a uno de los que actualmente participa en la designación de tres de los Ministros del Tribunal. Tampoco se avanza o innova en la regulación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y de cese de funciones de los mismos Ministros, lo que entendemos es de vital importancia en tanto serviría para velar por el ejercicio del cargo de manera objetiva, imparcial y proba.

Por otra parte, como seguramente no se han encontrado argumentos suficientes que justifiquen mantener la actual composición par del Tribunal, se sugiere cambiarla a un número impar. No se dice cuál es el número, lo que podría llevarnos a especular en orden a que podría volverse a los siete previos al año 2005 o los cinco que integraron el primer Tribunal, en épocas en las que el Tribunal Constitucional estaba integrado por Ministros de la Corte Suprema.

Este cambio de regulación se estima positivo, ya que podría facilitar la adopción de decisiones de mayoría y evitar abstenciones innecesarias entre los Ministros del Tribunal. También conduce a la eliminación de la facultad que se le entregaba hoy día al Presidente del Tribunal para dirimir los empates en los casos previstos en la Ley Orgánica Constitucional vigente. Recordemos que tal voto dirimente o de calidad que corresponde al Presidente del Tribunal Constitucional, conforme a lo establecido en la letra g) del Artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional respectiva,



procede en todos los procesos constitucionales, a excepción de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad y de inconstitucionalidad de precepto legal previamente declarado inaplicable.

CONTROL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

Como una forma de contrarrestar el carácter contra mayoritario del Tribunal y, además, para fortalecer su comprensión como órgano jurisdiccional encargado de resolver conflictos, el Programa de Gobierno plantea que resulta imperioso suprimir las competencias de control preventivo de constitucionalidad de normas legales que la actual Constitución entrega a la Magistratura. Es decir, se elimina tanto el control preventivo obligatorio como el facultativo.

Como no podemos obviamente detenernos a analizar cada uno de estos tipos de control de constitucionalidad, vamos a revisar algunas de las características generales de cada uno de esos controles preventivos que se entregan al Tribunal Constitucional en el Artículo 93 en sus numerales uno y tres.

Sabemos que el control preventivo obligatorio permite al Tribunal Constitucional efectuar un contraste o cotejo abstracto entre la Constitución y la norma legal que ya ha sido aprobada por el Congreso Nacional, pero antes de que entre en vigencia -de ahí su carácter preventivo- y se establece para ciertas materias que se han considerado de especial relevancia para el sistema jurídico-político. Nos referimos a las leyes orgánicas constitucionales e interpretativas de la Constitución. También la reforma del 2005, en esta materia, amplió la competencia contralora del Tribunal, incorporando a los tratados internacionales cuando estos versan sobre materias propias de tales leyes orgánicas constitucionales.

Creemos que resulta evidente que la reforma constitucional propuesta en el Programa, en esta parte se encuentra guiada por una tesis que ha sido formulada por alguna doctrina en orden a que al efectuarse el control antes de que la ley entre en vigencia, el Tribunal Constitucional entraría a formar parte del procedimiento legislativo, con lo cual intervendría como una especie de tercera o nueva cámara, pese a que, como decíamos, no cuenta con legitimidad democrática de origen. Visto de esa forma, el órgano jurisdiccional actuaría con criterios políticos y no jurídicos como corresponde a un tribunal.

Sin embargo, y en respuesta a aquella idea, sostendremos que no toda la doctrina nacional opina de esa manera. Hay doctrina de connotados iuspublicistas, que también se puede revisar -por nombrar a alguno de ellos, el profesor y ex Presidente del Tribunal Constitucional, don José Luis Cea Egaña- sostienen que el control que tiene que desarrollar el Tribunal Constitucional es típicamente jurisdiccional y además está sometido a ciertos límites.

¿Cuáles serían esos límites del control jurisdiccional que realiza el Tribunal? No determina el Tribunal Constitucional el contenido de la ley y está obligado a respetar el mérito involucrado en la decisión del legislador, y así lo ha hecho permanentemente saber en sus mismas sentencias, el respeto al mérito del legislador, a través del uso de la fórmula de la “deferencia hacia el Legislador”. Emplea métodos jurídicos para controlar y, además, está obligado a fallar conforme a Derecho.

Como contra argumento se podría decir que el control preventivo obligatorio de la ley no es meramente jurídico, porque sería el propio Tribunal el que debe identificar el vicio de constitucionalidad, para luego resolverlo, lo que impide que actúe con la debida imparcialidad que le exige la función jurisdiccional (como sostiene el profesor Aldunate). Se podría



decir también que como la ley aún no se ha aplicado, el juez constitucional tiene pocas herramientas para ejercer un control eficaz, ya que al no observar la ley en movimiento o en vigencia, no podría analizar los efectos que ella produce o pueda provocar. Esto sería también un defecto que se extendería el control preventivo de carácter facultativo -el que se verifica por requerimiento parlamentario durante la tramitación de un proyecto de ley-.

Creo que no merece ahondar más en este tema, sin perjuicio de que es muy interesante, porque conlleva también decisiones de orden político más que jurídico. ¿Por qué no conviene ahondar en este momento sobre esos tópicos? Porque la mantención o eliminación de la competencia del Tribunal Constitucional en esta materia va a depender de una decisión política previa. ¿Y cuál es esa decisión política previa? Estamos conscientes de que también es deseo del Programa de Gobierno que citamos, eliminar del ordenamiento jurídico a las leyes orgánicas constitucionales, pues se estima que confieren a una minoría parlamentaria la posibilidad de vetar la voluntad mayoritaria. El Programa propone establecer como quórum máximo de aprobación de las leyes el de la mayoría absoluta, eliminando las que tengan un quórum más alto. Como es evidente, si esta iniciativa logra concretarse, se derogará la norma constitucional que atribuye al Tribunal Constitucional la competencia comentada.

En cuanto al control preventivo facultativo, previsto en el numeral tercero del Artículo 93 constitucional, si durante la discusión de cualquier proyecto de ley, reforma o tratado internacional se presenta una cuestión de constitucionalidad que lleve a alguno de los órganos habilitados a acudir al Tribunal para que zanje la controversia, su sentencia impondrá una interpretación que se avenga con la Carta Fundamental, terminando con la discrepancia e impidiendo que la norma cuestionada contenga un vicio de constitucionalidad.

Esta clase de control se distingue del obligatorio en aspectos procesales fundamentales, puesto que se ejerce a requerimiento del sujeto constitucionalmente legitimado, existe un conflicto determinado acerca de la constitucionalidad del precepto legal en trámite y existen partes en el proceso, entre otros.

También hay diferencias en cuanto a su utilidad, porque el control facultativo permite a las minorías parlamentarias controlar a las mayorías durante las distintas etapas de formación de la ley, constituyendo un instrumento eficaz para evitar, tanto la inconstitucionalidad del contenido sustancial del proyecto de ley como la de su ritualidad procedimental. Por otra parte, esta forma de control, al surgir durante la discusión de los proyectos en el Parlamento, enriquece su reflexión y el debate entre los distintos sectores políticos.

En cumplimiento de su rol jurisdiccional, como encargado de dirimir los conflictos que puedan surgir entre los órganos políticos en relación a la debida interpretación de la Carta Fundamental, el Tribunal Constitucional debería mantener el control preventivo facultativo sobre los proyectos de ley. El mismo Programa de Gobierno nos daría la razón ya que declara perseguir el fortalecimiento de ese mismo rol del Tribunal.

En otras palabras, y coincidiendo con la profesora María Pía Silva –con la que compartimos este panel– conservar esta facultad no convierte al Tribunal en un agente activo en el proceso legislativo, sino que lo mantiene en su tarea fundamental de ejercer jurisdicción para velar por la supremacía constitucional.



CONSULTA SOBRE TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS APROBADOS POR EL CONGRESO

No todo es restringir o eliminar atribuciones de la magistratura. El Programa propone una nueva facultad: que el Tribunal Constitucional actúe como órgano consultivo cuando, a petición de cualquiera de las Cámaras, se le solicite examinar si es necesario adecuar el Derecho interno a un Tratado sobre derechos humanos ya aprobado por el Congreso.

Esta nueva atribución, a nuestro juicio, se relaciona con el valor normativo que se le reconozca a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Si se entiende que éstos, al menos, tienen la misma jerarquía de la Constitución, resulta jurídicamente pertinente que se pida una opinión al principal intérprete de la Constitución acerca de la forma en que la ley debiera adecuarse a tal instrumento internacional ¿Será esa la tesis que guía la reforma constitucional formulada por el programa de Gobierno? Como respuesta sólo podemos avanzar el hecho que nada dice el antecedente político sobre el particular. Esperamos que este tema se ponga de relieve en las discusiones que se desarrollen sobre la materia.

Dentro de las inquietudes que quedan para el debate, nos planteamos las siguientes:

- *¿cuál será el efecto que se dará al pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la materia consultada? ¿será o no vinculante?*
- *¿Por qué se confía en el juicio jurídico del Tribunal para esta materia en particular y se desconfía del mismo juicio cuando aquél deriva del ejercicio del control de la ley? ¿Hay contradicción?*

MECANISMOS DE COORDINACIÓN PARA EL DEBIDO CUMPLIMIENTO DE LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL

Por último, el Programa de Gobierno cree necesario que la Constitución establezca “mecanismos de coordinación sistemática del Tribunal Constitucional con los tribunales que integran el Poder Judicial y la Justicia Electoral, para asegurar el debido cumplimiento de sus decisiones cuando corresponda”.

Esa propuesta obedece a la ausencia de normas que impongan a los Tribunales de Justicia como a otros órganos que ejercen jurisdicción, entre ellos al Tribunal Calificador de Elecciones, realizar sus atribuciones conforme a las sentencias del Tribunal Constitucional.

Podemos añadir que durante la tramitación de la reforma constitucional del año 2005 y de la modificación a la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional del año 2010, no se consideró necesario, incluir una norma que expresamente declarase el efecto obligatorio de los fallos de esta Magistratura para los órganos que se encuentran sometidos a su control. Y la razón que se dio, según ha quedado registro en las actas respectivas, es que tal efecto obligatorio de las sentencias del Tribunal Constitucional era evidente.

Pues bien, la práctica nos muestra que el legislador no siempre cumple su misión de llenar el vacío legal que queda por efecto de la sentencia de inconstitucionalidad de la ley dictada por el Tribunal Constitucional, o al menos, no ha actuado con la debida o razonable oportunidad. Como ejemplo de ello, basta referirse a la inactividad del legislador para



regular el sistema de reajuste del precio de los contratos de salud que ofrecen las ISAPRES, que se mantiene desde el mes de agosto de 2010, en que fue publicada en el Diario Oficial la Sentencia Rol N° 1710, en la que el Tribunal declaró inconstitucional el actual sistema de reajuste fundado en la aplicación de una tabla de factores sustentada en el sexo y la edad de los beneficiarios del respectivo contrato de salud, elaborada por la Superintendencia de ISAPRES.

Pues bien, algo similar ha ocurrido respecto de sentencias estimatorias de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que no han sido acatadas por los Tribunales de Justicia, entre ellos por la Excelentísima Corte Suprema, al resolver el asunto en que dicho fallo constitucional incide.

A modo de ejemplo ello ocurrió en el caso de la Sentencia Rol 1801, de 12 de abril de 2011, que acogió un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad formulado por un Ministro de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso respecto de un precepto legal aplicable para la resolución de un recurso de protección seguido en contra de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, que se encontraba conociendo la Corte Suprema. En ese caso, el Máximo Tribunal de Justicia hizo caso omiso de la sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional argumentando que el precepto legal declarado inaplicable ya había recibido aplicación y por ende, no cabía dar efecto alguno a la sentencia constitucional. Para evitar que se repitan otros casos como el reseñado bien podría establecerse en la Constitución que los efectos de la sentencia de inaplicabilidad no nacen a partir de su notificación a los interesados sino que se retrotraen al momento en que se verificó el hecho que originó la gestión judicial pendiente, porque a partir de ese momento se produjo la vulneración constitucional.

Parece razonable y apropiado que la nueva Constitución se preocupe de solucionar estos problemas de manera de asegurar el debido cumplimiento de las resoluciones del Tribunal, porque ellas deben resultar vinculantes para toda persona y órgano público.

NOTAS SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO LÍMITE Y CONTROL DEL EJERCICIO DEL PODER

Para confrontar la idea que guía la reforma constitucional propuesta respecto del Tribunal Constitucional, creo que debemos revisar la historia para encontrar en ella las razones del establecimiento de la Justicia Constitucional, aunque sea de manera muy tangencial, a efectos de esta exposición.

Pues bien, esa historia ha probado que para ser efectivos los controles de las ramas políticas del Estado difícilmente pueden llevarse a cabo desde dentro. Así, un Poder Ejecutivo eficiente está jerarquizado y en su nivel superior difícilmente permitirá un control interno independiente. Y esto no es menos cierto en el caso de un Poder Legislativo que se considera a sí mismo como supremo.

Un control efectivo de los grupos políticos se debe llevar a cabo desde fuera y debe ser confiado a personas y órganos suficientemente independientes de aquellos a los que se controla. Esta idea es hoy un imperativo de cualquier Estado de Derecho.

En tal contexto, no sólo la Administración puede cometer excesos, también puede hacerlo el Poder Legislativo. Una muestra de ello es que las dictaduras mayoritarias o legislativas pueden ser tan opresoras como una dictadura del Ejecutivo. Basta recordar cómo la legislación fascista privó a los judíos y otras minorías de sus derechos más fundamentales. Esta



es la razón por la cual Italia, Austria y Alemania al salir de la perversión política y moral vivida en tiempos de la Segunda Guerra Mundial, se volvieron hacia la Justicia Constitucional, para crear un nuevo tipo de control que se sumase al más tradicional de la justicia administrativa.

Quisiera referirme, enseguida, a la legitimidad de la revisión judicial del legislador, como una manera de brindar elementos de juicio para analizar la pertinencia o impertinencia, en su caso, de los fundamentos esgrimidos en el Programa de Gobierno recién mencionado para reducir el ámbito de control constitucional que actualmente se confía a nuestro Tribunal Constitucional.

Para muchos países, el establecimiento de la revisión judicial o control jurisdiccional de la actividad de los órganos del Estado ha sido, en primer lugar, el de una reacción contra pasados abusos gubernamentales. En particular en Latinoamérica, donde algunos aspectos del fenómeno de la revisión judicial son incluso más antiguos que en Europa, los estudios comparativos han demostrado que la revisión judicial de la constitucionalidad de la ley y de otras actuaciones del Estado tiene por lo menos el potencial de servir como instrumento para proteger a individuos y minorías.

Hay, además, un sentimiento generalizado en los países occidentales de que el control por un juez independiente de un legislador cada vez más omnipresente, cuyo papel en el Estado moderno ha crecido hasta dimensiones sin precedentes, significa una importante protección.

Por otra parte, nadie puede negar que el legislador es el representante y el responsable de y ante el pueblo, en las sociedades democráticas, y que, además, corresponde a la naturaleza de la función judicial el que los jueces no sean responsables. Pero cabe añadir que uno de los afortunados resultados de nuestra libertad de expresión es el hecho de que también los jueces están expuestos día tras día a las críticas públicas, esto es, al control social.

En los países en los que se ha impuesto un control judicial de la constitucionalidad de la ley, o bien, en los que se ha creado por el Constituyente un órgano ad-hoc, denominado Corte o Tribunal Constitucional, ha sido labor obligada la de reflexionar sobre la posición que ocuparán esos órganos de control dentro del sistema constitucional de división de poderes, esto es, su relación con los demás órganos del Estado. Dentro de ese análisis visualizaremos tres dimensiones o cuestiones precisas (Javier Pérez Royo):

- 1. Las relaciones entre política y derecho en el marco del Estado Constitucional; dicho de otro modo, hasta dónde se puede llevar la juridificación de la política cuando el Estado es la manifestación del poder político;*
- 2. La posibilidad de que la decisión del órgano que ejerce el control de constitucionalidad sea tomada jurídica y no políticamente;*
- 3. La legitimidad del control de un órgano democráticamente constituido por otro que no lo está, o al menos, no lo está de manera tan inmediata o directa, y que, además no es responsable política y jurídicamente ante nadie.*

Partimos del supuesto, además, de que cuando se habla de separación de poderes hoy en día, no nos referimos a su sentido francés original; queremos decir, más bien, que existen conexiones recíprocas y control mutuo; o sistema de “frenos y contrapesos” en la terminología anglosajona.

Siguiendo a Mauro Capeletti: el «gran problema» de la legitimidad de la revisión judicial no se puede resolver con soluciones abstractas y puramente especulativas, válidas para cualquier lugar y tiempo. Por supuesto no existen esas



soluciones universales. Si nuestros jueces fuesen iguales que aquellos que imperaban en la Francia prerrevolucionaria, sería muy difícil que se legitimase la revisión judicial. Pero en nuestro mundo occidental, en el que las funciones y las intervenciones de las ramas políticas han crecido en tantas áreas de nuestra vida, sin duda la búsqueda de un Poder Judicial más «despegado», aunque no literalmente «separado», puede ser saludable. De esa manera, los individuos y los grupos que de otra manera serían marginados u oprimidos pueden ser mejor protegidos.

El principio democrático requiere que todo el mundo pueda tener «voz» en el proceso político y que la minoría de hoy pueda ser la mayoría de mañana. Si unos derechos fundamentales tales como las libertades de expresión, de opinión o de asociación se pudiesen limitar sin los debidos procedimientos, por la mayoría de hoy, el mismo principio democrático se debilitaría; y esto no es menos verdad para los derechos de naturaleza económica y social, por cuanto su razón fundamental es hacer efectivo el más elemental de todos los títulos democráticos: el derecho de acceso al sistema político y de derecho.

De este modo, pensamos que lejos de ser intrínsecamente antidemocrática y anti mayoritaria, la Justicia Constitucional aparece como un instrumento fundamental para proteger los principios mayoritario y democrático del riesgo de corrupción. Lo anterior lo sostengo, pues como filosofía de vida no sigo la idea de que todo puede ser negociado.

En razón de lo anterior, más que alterar los mecanismos de control que se le han conferido al Tribunal Constitucional chileno hasta ahora, debiera preocuparnos la forma en que éste ha de ejercer sus atribuciones, definiendo con minucioso cuidado las normas legales que regulen los procedimientos que han de orientar a cada uno de los procesos en los que intervenga el organismo. Al mismo tiempo no se debe descuidar la determinación de a quiénes se confiará la misión fundamental de ejercer la jurisdicción constitucional. Y ello no sólo en cuanto a su número, para velar por la mayor eficiencia de la función que se ejerce, sino que, fundamentalmente, debiera pensarse en una regulación que exija a los órganos públicos competentes desarrollar un procedimiento de designación de los ministros del Tribunal Constitucional que se encamine al nombramiento de personas que satisfagan en plenitud las diversas condiciones de idoneidad que la misma Constitución establece para integrar el organismo que tiene a su cargo velar por la Supremacía Constitucional en el país.

CONCLUSIONES

Hemos intentado en estas pocas líneas agregar elementos de juicio para el análisis de las reformas constitucionales que dicen relación con el Tribunal Constitucional, con el único objeto de entregar necesarios matices o elementos que lleven no a negar la falta de legitimidad democrática de dicho organismo, sino más bien a poner en duda, al menos, la vigencia de esa idea.

Y ello porque la misma historia nos muestra la gran relevancia que han tenido los tribunales y cortes constitucionales en la promoción y protección de los derechos fundamentales de la persona, como órganos que integran el sistema de control del ejercicio del poder político.

En el caso del Tribunal Constitucional chileno, más allá de la lucha política contingente y de la discusión en torno a la legitimidad o ilegitimidad de la Carta Fundamental de 1980, éste ha salido airoso mediante un eficaz ejercicio de



sus atribuciones. Ha logrado que le sea reconocida y alabada su independencia frente a los órganos electores. Se ha transformado en un verdadero defensor de la esencia de la Constitución, impidiendo los retrocesos constitucionales y preparando con su jurisprudencia la vigencia de una democracia plena (Teodoro Rivera).

¿A qué aspiramos en el futuro cercano? Aspiramos a mantener un Tribunal Constitucional integrado por Ministros que además de cumplir con las pertinentes condiciones de idoneidad, sean fieles intérpretes y aplicadores de la Constitución Política que todos ellos prometieron o juraron defender al momento de ser investidos de tal alto cargo público, estén o no de acuerdo con su contenido. Ello implica, entre otras múltiples consideraciones, resguardar, promover y proteger desde dentro del organismo -por la actuación de sus integrantes- su independencia y su apego al principio de la distribución equilibrada de funciones, que hoy entendemos no en su sentido francés original (separación de poderes), sino más bien que existen relaciones recíprocas y control mutuo o sistema de “frenos y contrapesos” en la terminología anglosajona.

En suma, que el mismo Tribunal fortalezca su rol de legítimo límite al ejercicio del poder de los demás órganos del Estado.

Gracias.

...Aplausos

PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B: Muchas gracias, profesora.

Seguidamente viene una ronda de preguntas.

Pregunta 1:

PROFESORA MIRIAM HENRÍQUEZ: Sería bueno escuchar la opinión de la profesora Ponce de León, respecto del control previo. ¿A su juicio sería necesario de todas maneras un control previo de constitucionalidad?

Lo segundo. ¿Es necesario el control previo de constitucionalidad de los tratados?

Tercero. Si eventualmente cambiara el régimen político de Gobierno, y de alguna manera la profesora Ponce de León dice que el Tribunal Constitucional lo que hace es controlar los Poderes Legislativo y Ejecutivo y pasáramos de un régimen híper presidencialista, como lo plantea la profesora María Pía Silva, por un régimen distinto, semipresidencial o presidencialismo moderado, será necesario el control previo.

Pregunta 2:

PROFESOR JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ: Primera pregunta para la profesora María Pía Silva.

En su propuesta de cambio de régimen político, desde un sistema presidencial a un sistema semipresidencial ¿se justifica -o al menos se justifica con las mismas características que tiene actualmente- especialmente en su sistema de nombramientos cumple el Tribunal Constitucional? Pareciera ser que si mantenemos el régimen de generación de los Ministros del Tribunal Constitucional en un sistema semipresidencial, lo que estamos haciendo es efectivamente politizar el Tribunal Constitucional y convertirlo en una tercera cámara.



¿Se quiere tener el mismo modelo en un sistema presidencial y en uno semipresidencial?

Para la profesora Ponce de León. Cuando ella justifica el sistema de los Tribunales Constitucionales, lo hace en el sentido de resaltar un sistema de garantías constitucionales para la supremacía constitucional, sin garantías de supremacía. Eso lo tenía claro.

Me parece que las razones que señaló, aportan en el sentido de que la revisión judicial de las leyes por un tercero, no necesariamente contramayoritaria.

Pregunta 3:

ASISTENTE: Mi primer comentario sobre este Panel donde se plantean posibles cambios a la Constitución, al régimen político, echo de menos un tema que me parece fundamental, ¿es si el carácter que va a tener este cambio en la Constitución, va a tener realmente un carácter democrático, participativo, donde los diferentes actores de la ciudadanía van a poder plantear lo que efectivamente quieren, el país que quieren y cómo en definitiva quisieran que esto se instalara? ¿O estas propuestas avanzan a entregarle una cantidad de elementos a la Cámara de Diputados para que acuerden una Constitución supuestamente democrática?

La verdad que me parece un tema fundamental, mucho antes de ser presidencialistas o semipresidencialistas, o si se mantiene o no se mantiene el Tribunal Constitucional, porque en definitiva hoy día el Tribunal Constitucional, con todos los méritos que pueda tener, ha sido el elemento de vetos para los posibles cambios de la misma Constitución. Ha vetado todos los cambios posibles que pudieran haber hecho de esta Constitución, una Carta Fundamental más democrática. En ese sentido, la propuesta de cómo se cambia, adquiere un carácter fundamental.

Porque si va a ser una Constitución acordada, la verdad es que el debate público en el resto del país no sirve de mucho, va a ser adorno. Si avanzamos hacia una forma democrática, entonces tenemos que hablar concretamente de un constituyente, aunque faltan definiciones, pero para allá tenemos que avanzar, pero eso no lo escucho.

PROFESORAMARÍA PÍASILVAG.: Respecto a la pregunta de José Ignacio Vásquez, si se justifica un Tribunal Constitucional en un sistema semipresidencial, en verdad es bueno distinguir lo que se llama el control jurídico del control político.

La Constitución no solo es una Constitución política que establece un sistema de Gobierno que reconoce al Derecho, sino que también es una norma jurídica. Y en ese sentido está el Principio de Supremacía Constitucional, que de alguna manera nos dice que esta Constitución es la que impregna el resto del ordenamiento jurídico y que tiene una jerarquía superior.

Entonces, de por sí, la idea de Constitución da la idea de que tiene que haber alguien encargado de impeler por el control de la Supremacía Constitucional.

¿A quién le entrega uno ese control? Tú insinuaste un control difuso. Nosotros tenemos la tradición del derecho anglosajón; no tenemos la tradición judicial de la ley como la tienen los norteamericanos, pero sí hemos acogido entonces este sistema de control concentrado, que de alguna manera pone de relieve de que no basta el control político, que podría provenir de las Cámaras y del mismo Presidente de la República, o de quienes elaboran la ley. Nos referimos especialmente al tema de la ley.



Me parece que un sistema que no tenga un control de la ley, es serio; definitivamente queda entregado a las mayorías del momento el determinar si una norma es o no constitucional. Y es o no es constitucional de acuerdo a como interpretan la Constitución, a como interpretan la ley a la luz de la Constitución. Entonces dejarlo sin esta herramienta, en cualquier sistema de gobierno es grave. Es grave que no exista el mecanismo. Pueden ser los mismos tribunales los que lo ejerzan; eso se puede discutir.

Por otro lado, el control preventivo de la ley tiene varias carencias, porque inevitablemente el control que se produce una vez que la ley se está aplicando, lleva a que por lo menos en los sistemas jurídicos a través de casos particulares, se lleva el conocimiento del tribunal, lo que en el fondo hace que se relativice la mirada que tiene el juez, porque tiene que hacerlo a la luz del caso concreto. No hay una visión general, en abstracto de lo que es la norma para favorecer a determinada persona en un momento determinado.

Nos queda también el problema de los vicios de forma ¿qué pasa con los vicios de forma? No hay ningún órgano de control de los vicios de forma. O sea, en el fondo se seguirían reglas que estarían en la Constitución y que no tendrían aplicación real en la medida en pudiera saltárselas el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, porque la legalidad no se aplica con los vicios de forma en la manera que está estructurada nuestra Constitución. Entonces creo que debería haber por lo menos un órgano de control de la institucionalidad, incluso en un sistema semipresidencial.

En cuanto al desprestigio de nuestras instituciones y frente a la debilidad que presentan, porque nuestro sistema institucional las ha debilitado, es quizás esta discusión de fondo que estamos teniendo ahora.

En la medida en que se vaya avanzando en una discusión en que todos participemos, donde los temas se ponen en el tapete y la misma opinión pública ponga de relieve la necesidad de estos cambios y la necesidad de poner el acento en ciertos valores, eso tiene que ser recogido necesariamente, por quienes deben tomar la decisión. Yo creo que es un proceso largo.

La profesora Marcela Ríos ya señaló que en la mayoría de los países en que ha habido Constituciones nuevas dentro de un sistema institucional democrático que funciona -no estamos hablando de Constituciones nuevas que nacen producto de una crisis institucional- es a través de procesos largos.

En la medida que vayamos discutiendo de a poco va a ir saliendo las soluciones, y a veces esas soluciones parcialmente tienen que ser recogidas por el mismo sistema.

Ahora estamos hablando de probidad y todo lo demás, y se están mandando proyectos de ley sobre la materia.

El problema que tiene el Poder Ejecutivo actualmente es si queremos o no queremos una nueva Constitución. Entonces, ¿reformamos definitivamente el sistema de partidos políticos? Pero resulta que no sabemos si va a haber un sistema semipresidencial o presidencial, porque si es semipresidencial, probablemente el proyecto de partidos políticos no va a ser funcional a un sistema de ese tipo.

Entonces, una inactividad del Poder Ejecutivo, que lleva el impulso de la agenda legislativa, no puede mantenerse, porque eventualmente pueden llegar a cambiarse las instituciones. Se tiene que ir avanzando, fortaleciendo las instituciones democráticas, dentro de las reglas que ahora tenemos.



En la medida en que se tome conciencia de la necesidad de cambiar ese sistema, porque definitivamente llegamos al consenso, podrá entonces haber un cambio real.

Por lo tanto, en cuanto a la otra pregunta, sí se requiere de un cambio cultural, que en el fondo es lo que habías dicho.

En cuanto a la pregunta de la profesora Amaya Álvarez, en el sentido de que algunos principios deben tener rango constitucional y otros no, o que algunos tienen mayor o menor valor, la verdad es que quizás uno puede hacer una distinción entre valores y principios. Quizás, cuando hay un valor reconocido en la Constitución, de él se deducen ciertos principios.

Entonces, creo que la democracia más bien es un valor, porque funda en el fondo el constitucionalismo actual. O sea, realmente no es concebible en el modelo que nos encontramos actualmente, que la Democracia no tenga una primacía por sobre otros principios. De él se deducen una serie de principios. Entonces, claro, hay otros principios que no tienen esa misma categoría de valores, y uno puede hacer esa distinción.

PROFESORA SANDRA PONCE DE LEÓN: A propósito de la respuesta que dio la profesora María Pía Silva respecto a alguna parte de la consulta del profesor José Ignacio Vásquez, voy a partir por eso también, para recoger lo que acaba de decir la profesora.

Respecto del sistema de control judicial de la ley, efectivamente en la exposición no aludí a esa historia a la cual quería referirme; y precisamente dice relación con la opción de uno u otro de los tipos de catalizadores judiciales, sea dado los Tribunales de Justicia, e incluso como en Francia ocurrió, que previo al control constitucional, fue el control de la administración. Eso es nuestra historia. El Consejo de Estado -y después el Consejo Constitucional- siempre ha estado dentro de la estructura administrativa; es un control externo parecido a la Contraloría General de la República nuestra, pero es un control externo porque escapa del controlado; en definitiva es distinto al controlado. Ese es el sistema francés, surgido después de la Revolución Francesa.

Todos sabemos que tenía muy mala fama el Poder Judicial en Francia, a diferencia grandemente de lo que ocurre en los países anglosajones, en Inglaterra, donde la historia es la misma, la lucha para lograr que los excesos de poder fueran controlados. La lucha fue la misma, pero la solución fue distinta, ¿por qué? Porque los tribunales tenían amplia adhesión de la ciudadanía en Inglaterra. Lo consideraban como el garante precisamente de sus derechos, no como parte de los estamentos privilegiados en Francia, como eran los jueces.

O sea, no tenían ningún temor en señalar, mire, esos mismos tribunales van a dictar en derecho para unos y otros; van a saber interpretar incluso la Constitución y van a dar a cada uno lo suyo, como es el ejercicio de la jurisdicción en general.

La opción es a tener, precisamente en un país como Chile que se precia de ser un Estado de Derecho, un sistema de revisión. Y nosotros hemos optado hoy día por un sistema de revisión, eliminando un poco la revisión constitucional o limitando la revisión constitucional de los tribunales, dejando solamente en eso recursos a la Corte Suprema, a las Cortes de Apelaciones, temas de la protección, el amparo y otras acciones, pero la interpretación constitucional será entregada concentradamente al Tribunal Constitucional. Es una opción también dentro de los regímenes políticos.

La revisión judicial, como decía la profesora María Pía Silva, es una necesidad, es parte del Estado de Derecho. Yo no



entendiendo un Estado de Derecho sin un principio democrático. Tampoco lo entiendo sin un principio de juridicidad, sin control y sin responsabilidad.

En ese esquema de Estado de Derecho es que incorporamos a más o menos órganos. Pero siempre tiene que haber órganos de control. En este caso hemos optado por el Tribunal Constitucional. Otros optaran Cortes Constitucionales o por Salas especializadas dentro de la Corte Suprema como parte del control judicial.

Como acaba de señalar también la profesora María Pía Silva, está el control concentrado difuso. También eso es una opción, pero siempre tiene que existir un tipo de control.

Y hablando de las consultas que hacía concretamente la profesora Miriam Henríquez, dentro de lo que es la necesidad de mantener el control preventivo del Tribunal Constitucional, me inclino por lo menos por mantener el control preventivo facultativo, no el obligatorio, incluso si en esa línea se aprueba la iniciativa que plantea el Programa de Gobierno de tener un solo tipo de ley en cuanto a su quórum de aprobación, modificación o derogación, de todas maneras mantendría esa facultad, porque deja abierta la discusión respecto de lo principal o lo esencial, ¿quién controla al legislador? ¿En relación a qué? A la Constitución, y eso no solamente interesa a las mayorías, a las mayorías circunstanciales, sino también puede ser una preocupación de la minoría la regulación en algún aspecto específico. Y el Tribunal Constitucional dará su opinión jurídica, fundada y dotada de esa legitimidad de quienes lo integran, que o lo va a fortalecer o lo va a debilitar. Yo creo que ahí también está el problema.

Si se reconocieran los Tratados Internacionales ya en la Constitución, su carácter constitucional, evidentemente es una herramienta de interpretación que podría y que debiera utilizar el Tribunal Constitucional. Como herramientas de interpretación sería intérprete de lo que es constitucional, y si los tratados están incorporados en la Constitución, bueno, tendrán que interpretar la ley conforme a este marco jurídico, a ese ordenamiento jurídico, en el caso que se reconociera ese valor a los Tratados Internacionales.

Motivado en este programa, hoy día podría llamarse como consultor y hacer una consulta. ¿Cómo nosotros recogemos el Tratado Internacional? Esa obligación internacional es una ley interna. Entonces vamos a preguntar al Tribunal Constitucional, como consulta ¿qué significa eso? ¿Cómo hoy día vemos al Tratado Internacional? Le vamos a preguntar al Tribunal ¿qué opina usted? Ya estamos viendo desde el Programa de Gobierno, la intención de traer al Tratado Internacional al esquema constitucional, para que pueda ser interpretado por el Tribunal Constitucional.

¿Y es necesario el control del Tribunal Constitucional para un sistema de Gobierno distinto? Conuerdo con la profesora: sí, como ya dije, como pilar de todo Estado de Derecho

Y alguna referencia o reflexión sobre alguna pregunta que surgió acá, respecto del rol que ha tenido el Tribunal Constitucional para debilitar o imposibilitar las reforma constitucionales, creo en el Tribunal Constitucional como un órgano jurisdiccional, que resuelve conflictos concretos; también creo que el Tribunal Constitucional claramente debe limitarse a revisar y controlar el cumplimiento de la Constitución que tengamos, no la que quieran los diez ministros, los siete ministros, cinco ministros que tengamos dentro, sino que ser fieles a la Constitución. Eso es lo que se le pide a un Tribunal Constitucional: ser fiel a la Constitución, a lo que juraron o prometieron cada uno de los ministros, cada uno de los miembros del Tribunal Constitucional. Se les consulta juran o prometen desempeñar fielmente su función ante la



Constitución, en este caso. Y juran ser fieles a esta Carta, o a la que tengamos en ese momento.

Por eso los cambios constitucionales no son materia del Tribunal Constitucional, en el sentido de la sentencia, no pueden modificar la Constitución. Es un límite importante.

PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B: Muchas gracias, profesora Ponce de León

PROFESOR AUGUSTO QUINTANA B: Vamos a dar curso al tercer panel de la jornada.

En primer lugar, presento a la profesora Amaya Álvez, quien es Abogada, Magister en Derecho de la Universidad de Toronto y Doctora en Derecho por la Universidad de York, profesora asociada del Departamento de Derecho Público, de Historia y de Filosofía del Derecho de la gloriosa Universidad de Concepción. Tiene la palabra la profesora Amaya Álvez.

PROFESORA AMAYA ÁLVEZ M: Después de esta maravillosa presentación personal, solo queda agradecer por supuesto la invitación que nos hace la profesora Ana María García, a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y también a quienes han trabajado incesantemente en hacer de esta reunión un diálogo fructífero, y el que el resultado de estas reunión de Profesoras de Derecho Constitucional sea año a año un libro, eso es un regalo para la comunidad académica y hay que agradecerlo como tal. Así que instamos a que ojalá esta tradición no se interrumpa.

Me corresponde hablar en este panel sobre la posibilidad de nuevos derechos en el catálogo de Derechos Fundamentales y voy a hacerlo sobre la base de dos preguntas.

Y la primera pregunta es:

¿QUÉ ES LO QUE TENEMOS EN LA ACTUALIDAD?

Yo diría sería interesante abordar lo que tenemos, que es la Constitución, pero con mayúscula.

No estoy pensando en el texto de la Constitución del año 80, sino que en la Constitución actual, que es la de 2015. Aquí muchas veces se dice que la Constitución es una norma jurídica, pero me parece que se dice menos que la Constitución es una norma política.

Me gusta mucho la metáfora de la Constitución como un puente que une al mundo de lo político con el de lo jurídico, y cuyos fundamentos desde la perspectiva política se encuadran en la decisión de someter los procesos de poder a normas de Derecho. Y desde la perspectiva jurídica, en la idea de cambiar la coerción por el consenso en la decisión. Me parece que ahí está el problema gravísimo, clave para entender el problema constitucional. Porque pienso que la Constitución del año 80, con mayúscula, ha sido fruto, ha sido objeto de un consenso constitucional forzado.

Ya lo han dicho otros autores. Jorge Contesse señala que ha habido una especie de aversión a la disidencia política; que esta ruta de consenso que adoptó la política transicional en Chile, significó un actuar fáctico, que no permitió una estrategia coherente en temas fundamentales como los Derechos Humanos. A mí me parece que eso hay que considerarlo.

En este debate por el proceso constituyente se utiliza una frase que me causa un poco de temor. Se habla de un debate



que sea una hoja en blanco. A mí me parece que esa hoja en blanco o esa expresión tiene dos lecturas: una a la cual podría adscribir y otra a la que no adscribiría de ninguna manera. La que podría adscribir sería la idea de que no existan preacuerdos y que ya tuvimos suficientes enclaves autoritarios. Por tanto, ahora sí vamos a estar dispuestos a debatirlo todo. En lo que no estaría para nada de acuerdo, porque pienso simplemente que no es posible, es pensar que de verdad no hay nada escrito en esa hoja. Nuestra historia institucional y constitucional tiene bastante escrito, y tiene muchos problemas también ya señalados. Por tanto, sería más bien de la idea aprender de lo que tenemos; quizás preguntarnos que quisiéramos mantener de nuestra tradición republicana. Eso pasa por reflexionar en profundidad qué es nuestra tradición republicana. A veces hablamos de cosas que -lo digo con respeto- están sólo en el papel.

A mí me parece que el uso que se hace hoy día por ejemplo de los pueblos originarios, sigue siendo en Chile absolutamente instrumental. Y voy a dar algunos ejemplos de por qué esto es así. Para entender nuestra sociedad política tenemos que recoger a otras ciencias sociales. Ahí está el trabajo fantástico que ha hecho el Programa de Naciones Unidas, PNUD, a través de la Auditoría a la Democracia el año 2014; en este caso ciencias auxiliares tales como la Ciencia Política; la Historia, la Sociología se transforman en elementos cruciales.

Pero también aquí cabe rol a la academia. Pienso que estas reuniones justamente validan eso. Tengo la impresión de que la academia esta llamada a ser crítica, y cuando digo crítica, esto nace de un cierto malestar con la situación actual. A mí me parece que el orden constitucional actual adolece de algunas falencias que son importantes; que hay ciertos ámbitos inexplorados; que hay vacíos; que hay tensiones; que urge un cambio, pero que tiene que ser un cambio reflexivo; que tenemos a lo mejor que superar los lugares comunes, y pienso que en eso la academia tiene mucho que ofrecer.

Aquí tomo una frase de David Kennedy, profesor de Derecho Internacional, en Harvard, que señala que las líneas entre vencedores y perdedores, o entre centros y periferias, están escritas mediante normas jurídicas. Tenemos que asumir que la norma jurídica es una norma políticamente muy poderosa en estructurar derechos e ideas legales; el Derecho puede ser usado como un arma, ya que en situaciones de inequidad, de conflicto o de injusticia, se producen y se reproducen mediante la regulación que persigue finalmente una estrategia política.

Por tanto, aquí quisiera hacer un llamado simplemente a desechar un modelo de Derecho que es neutral o que se dice a sí mismo científico. O sea, es científico y por ello es neutral, simplemente eso es obviar el sustrato político, económico y cultural que subyace a cada proyecto constitucional. Y el decirlo simplemente lo obnubila o lo deja de lado, pero no lo anula.

Ahora, en esto existen excepciones en la academia, y en la academia chilena quisiera tratar a uno, al profesor Arnulf Becker Lorca, cuya tesis de magíster fue desarrollada justamente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, que hace un análisis muy crítico de este cienticismo, neutralidad del Derecho Internacional del Siglo XX en Chile.

Voy a leer un pequeño párrafo de su tesis. En esta materia señala: “En consecuencia, la omisión de los debates que atraviesa la disciplina internacional al interior de la disciplina chilena, refuerzan su irreflexibilidad y su funcionalidad en la consagración de la hegemonía del orden internacional. Por ejemplo, la absoluta ausencia en Chile de las temáticas del Derecho Internacional del Desarrollo, como ilustración del abandono del discurso tercermundista, trae consigo efectos paradójicos en la medida que el privilegio de la práctica técnica, emulando la operación que desde el centro se lleva a cabo como un Derecho Internacional Neutral y objetivo, implica situarse en la periferia al confirmar mediante dicha práctica la hegemonía de la estructura legal predominante”.



Este ejercicio está formulado para el Derecho Internacional, muchas veces me he preguntado qué efectos tendría proponer un ejercicio similar para el Derecho Constitucional. Y la pregunta sería algo así como ¿hay algo propio o nativo en el Derecho Constitucional latinoamericano? Porque generalmente las fuentes referidas en eventos académicos, son todas europeas. Tendemos siempre nombrar los mismos autores foráneos.

La propuesta que traigo hoy y la que he desarrollado en parte de mis líneas de investigación, intenta rescatar las costumbres jurídicas, las tradiciones legales de los pueblos originarios chilenos, pero como tales, porque a veces me da la impresión que la etiqueta “Pueblos Originarios”, también ha sido transformada en un “commodity”. Lo digo desde la crítica como miembro del pueblo indígena Mapuche. No estoy diciendo que no me interesa -me interesa mucho- pero digo que detrás de la nomenclatura pueblos originarios, a veces no hay absolutamente nada. ¿Por qué lo digo? Porque son nueve reconocidos legalmente, y en general hablamos de ellos como un cuerpo monolítico, pero en la realidad lo que serviría como tradición legal de los Rapa Nui no es lo que sirve para los Yaganes, ni tampoco para los Aymaras.

A la pregunta de si los reconocemos como titulares de derechos, es necesario hacer una diferenciación. Y es justamente el sentido de la consulta previa al Convenio 169 de la OIT, de reconocer lo que en la teoría multicultural se llama las limitaciones internas y protecciones externas. Por ejemplo, pensemos, los diaguitas no eran pueblo originario hasta que tuvieron que pelear contra una empresa extractiva canadiense en el caso Pascua Lama. Entonces ante la demanda, ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Gobierno de Chile tuvo que reconocer que en Chile sí había diaguitas, y eso fue recién el año 2006. Y hoy día tenemos algo parecido con otros pueblos originarios como por ejemplo los changos o quechuas.

Es claro que el tema, es un tema recién muy incipiente en Chile. Pienso que hay ejemplos muy interesantes de mirar: la Constitución colombiana del 1991, la Constitución peruana del 1993, la Constitución boliviana del 2009, la Constitución ecuatoriana del 2008. Podríamos aprender mucho de cómo otros estados latinoamericanos han tratado el tema de los pueblos originarios, pero de fondo, con sustancia.

En ese sentido, quizás dejar de mirar en Derecho Comparado a Europa, considerándolo el parámetro natural, y a lo mejor sí mirar Latinoamérica.

La segunda pregunta es:

¿QUÉ HEMOS TENIDO EN NUESTRA HISTORIA CONSTITUCIONAL CHILENA?

Pienso-respecto del segundo punto- que la historia constitucional chilena tiene mucho que aportar. También normalmente miramos ejemplos externos, pero no somos capaces de reflexionar críticamente sobre lo que hemos sido capaces de tener hasta ahora.

No nos gusta a lo mejor mucho la ilegitimidad de origen de la Constitución del año 1980. Pero la verdad es que la Constitución de 1925 en algunos aspectos también es bastante criticable y con mayor razón la de 1833. Y la historia constitucional chilena podría darnos luces.

Hay comparatistas famosos como Gunter Frankenberg, que dice que cualquier ejercicio constituyente debe “mirar primero



lo que usted ha tenido, porque los saltos al vacío no sirven.” ¿Quiere construir? Aprenda de lo que ha fallado en su régimen. Deje de pensar en institucionalidades maravillosas si lo que ha tenido hasta ahora realmente no ha funcionado.

En ese sentido yo sólo enumeré cuatro cosas del régimen político de gobierno. Pero habría muchas cosas que decir de un catálogo bastante restringido de derechos fundamentales; en materia de generaciones de derecho, unos derechos económicos sociales y culturales no garantizados, y quizás el tema clave -no da el tiempo para abordarlos ahora- es el tema del rol de la propiedad privada. Pienso que es un tema muy interesante y hay autores tales como Jennifer Nedelsky que señalan que si queremos abordar el modelo constitucional tenemos que hablar del rol que cumple la propiedad individual privada.

Finalmente, el tercer punto que por supuesto voy a abordar de manera muy somera, porque quedan tres minutos, es

LO QUE QUEREMOS

Lo que queremos es una Nueva Constitución para Chile nacida en democracia y un catálogo de Derechos Fundamentales que sea fruto de un consenso social.

Aquí -creo que varios lo han dicho antes- el rol del Derecho Internacional es esencial, pero una invitación a abordar un Derecho Internacional que tenga un rol claro que cumplir en el ámbito interno. Y en eso, al menos hay dos grandes corrientes críticas dentro del Derecho Internacional:

Una, es el Derecho Internacional Latinoamericano. LAIL por su sigla en inglés, con autores como Liliana Obregón o el mismo Arnulf Becker, o las aproximaciones desde el tercer mundo al Derecho Internacional, TWAIL por su sigla en inglés. Fue éste último movimiento intelectual académico que ha propuesto las principales críticas al Derecho Internacional como una continuación del colonialismo.

O sea, tenemos que dejar de pensar en este Derecho Internacional que nos ha traído tantos Tratados de Libre Comercio y revisar un poco las bases y las críticas que hay al Derecho Internacional. En Derecho Comparado lo mismo hace un Derecho Comparado crítico.

Si vamos a hablar de nuevos derechos, pienso que la base es hacer trabajar una teoría de la tipicidad iusfundamental, entendida como las disposiciones que establecen los límites y la afectación del mismo derecho y la manera de conciliar su función de protección subjetiva con la evaluación de la legitimidad del ejercicio del poder estatal.

No creo que debiera ser un catálogo abierto, pienso que nuestras normas de reenvío lo que han hecho es debilitar nuestro catálogo de derechos fundamentales y pienso que un debate técnico debiera a lo menos abordar una reflexión seria sobre la penumbra de esos derechos, sobre las limitaciones permisibles tanto como cláusulas de limitación general como cláusulas de limitación específicas.

Pienso que tenemos que dejar de decir simplemente lo que es contenido esencial y aplicarlo a cada uno de los derechos; qué hace distinto o distinguible un derecho. Y en materia de dignidad humana pienso que el gran debate es qué es la dignidad humana como valor constitucional, su contenido normativo. Simplemente enumeré las dificultades,



porque muchas veces cuando se hace referencia a la dignidad humana, es una referencia retórica, vacía. Se dice esto es fundamental, pero dígame, ¿qué es la dignidad humana en ese derecho en particular? ¿La dignidad humana del derecho a la vida es la misma dignidad humana del derecho a reunión? ¿Es la misma dignidad humana del derecho a petición? Y lo mismo con el contenido esencial. Eso depende de las teorías y de cómo ellas se apliquen. Primero ¿lo vamos a reconocer como valor o como derecho? ¿O lo vamos a reconocer como el núcleo duro de la garantía? ¿Qué naturaleza constitucional tiene? ¿Qué efectos tiene la dignidad humana en otros derechos constitucionales? ¿La podemos definir? Porque la definición que damos tradicionalmente es una definición filosófica. La definición filosófica ¿se traspone a la definición constitucional, así, tal cual y podría ser lo mismo?

Hablo también de la dignidad humana antes del nacimiento, que es clave en el debate actual, pero también tras la muerte. Hay una dignidad humana que va más allá de la muerte y está asociada, por ejemplo, al nombre de la persona.

En definitiva, y a modo de reflexión final, si aplicamos un análisis crítico, abierto a lo foráneo pero también consciente de lo propio, creo que deberíamos estar mejor preparados para responder desafíos tales como:

- *la necesidad de un mínimo social que está vinculado a los derechos económicos, sociales y culturales;*
- *la urgencia de mecanismos de exigibilidad respecto de todos los Derechos Fundamentales;*
- *la conveniencia de construir un tratamiento de la ciudadanía moderna vinculada al principio de autodeterminación de los pueblos originarios;*
- *reconocer la tensión inherente a un régimen constitucional libertario y los mecanismos que harían posible uno igualitario;*
- *y enfrentar la comodificación de nuestros recursos naturales que ha traído consecuencias sociales, medioambientales, y económicas devastadoras y asumir, tal como lo propone David Kennedy, que el derecho es un arma poderosa que escribe la línea entre vencedores y vencidos.*

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESORA AUGUSTO QUINTANA B: Muchas gracias profesora Álvez.

Ahora vamos a conceder la palabra a la profesora Miriam Henríquez. Ella es Abogada de la Universidad Nacional del Comahue, en Argentina, con estudios de Magíster en Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Chile y Doctora en Ciencias Jurídicas por la Universidad Santiago de Compostela. Actualmente es profesora de Derecho Constitucional en la Universidad Alberto Hurtado.

Tiene la palabra profesora Henríquez.

PROFESORA MIRIAM HENRÍQUEZ: Buenas tardes, a todas y a todos.

Muchas gracias por la presentación. Estaba pensando que no había dicho de la gloriosa Universidad Nacional del



Comahue, como sí presentó a la profesora Amaya Álvez. Estimo que es una discriminación arbitraria que se podría contestar quizás con más tiempo.

Antes de comenzar quisiera agradecer esta invitación y felicitar a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile en la persona de la profesora Ana María García, como Directora del Departamento de Derecho Público, por la organización de esta actividad y del ciclo de actividades que durarán hasta noviembre, y que justamente están haciéndose cargo de una serie de temas tan relevantes en este debate, con miradas al proceso constituyente próximo, no sólo desde la perspectiva de los contenidos en general que se quieren debatir, sino de aquellos asuntos tan importantes -como señaló recién la profesora Amaya Álvez- como la dignidad humana, que justamente es uno de los temas que a fin de mes se van a tratar. Es decir, hay un evento especialmente dedicado a tratar qué se entiende por Dignidad Humana en el contexto de una Constitución. Así que justamente un llamado de atención sobre estos temas para quienes van a recoger estas materias en este ciclo de actividades.

En el marco del V Seminario de Profesoras de Derecho Público, la temática que propongo es “Insumos para la reflexión sobre las garantías de los derechos en una nueva Constitución”, tema que concierne a la convocatoria “Cambios constitucionales, reflexiones y propuestas”.

Para comenzar debo señalar qué entiendo por “derechos fundamentales” y qué entiendo por “garantías”. Los derechos fundamentales son, a mi juicio, acuerdos sociales sobre bienes valiosos que en un momento determinado la sociedad estima necesario consagrarlos positivamente a nivel constitucional como derecho y no como objetos de protección. A su vez, estimo que las garantías son, en términos generales, todos aquellos elementos imprescindibles para la real eficacia jurídica de un derecho fundamental.

En tal sentido, si observamos las Constituciones contemporáneas es posible advertir que no existe un solo tipo de garantías de los derechos, aunque generalmente asociamos la garantía de los derechos a las acciones constitucionales que los protegen, sino que por el contrario, se prevé una variedad de garantías, pero que por razones del tiempo disponible me referiré solo a cuatro tipos.

1. *Las garantías abstractas o normativas.*
2. *Las garantías concretas o jurisdiccionales.*
3. *Las garantías institucionales.*
4. *Y una que denominaré: la suficiente definición estructural de los derechos.*

Con respecto a las primeras, las garantías abstractas, corresponden a todas aquellas previsiones constitucionales, de carácter general, que orientan o disciplinan la actuación de los poderes públicos.

De esta forma, sus destinatarios son los poderes públicos y su objeto es evitar que la actividad o inactividad de estos pueda implicar un desconocimiento o vulneración de los derechos constitucionales.

Se trata, en síntesis, de limitaciones al margen de actuación de los poderes públicos y, en particular, de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, y su objeto es evitar que normas de rango inferior a la Constitución, emanadas de alguno de los



poderes citados, desarrollen los derechos fundamentales despojándoles del contenido y eficacia con que la Constitución pretende dotarles.

En tal sentido, la discusión en torno a nuevas o mejores garantías abstractas de los derechos constitucionales debiera, al menos, considerar los siguientes cápites.

- a. *La directa aplicabilidad de los derechos constitucionalmente reconocidos.*
- b. *La reserva de ley en la limitación y regulación del ejercicio de los derechos constitucionales.*
- c. *Las distintas vías de garantía de la supremacía constitucional.*

Me referiré solo a los dos primeros.

Respecto de la aplicabilidad de los derechos constitucionalmente establecidos, corresponde recordar que la eficacia de la Constitución puede ser directa o indirecta. La primera importa la aplicación de la Constitución por todos los órganos llamados a aplicar el ordenamiento jurídico, pero esencialmente los jueces. La eficacia indirecta constituye un mandato al legislador, que sólo afectará a la actividad de los demás órganos del Estado en la medida en que se haya incorporado a las leyes.

La Constitución actual declara expresamente su eficacia directa en el Artículo 6, al señalar que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y que sus preceptos obligan “tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos, como a toda persona, institución o grupo”, no siendo entonces necesario el dictado de otras normas, legales o infralegales, que la doten de sustento o eficacia.

Muy simplemente, ¿cuáles son las ventajas de la eficacia directa de la Constitución a propósito de la garantía de los derechos fundamentales? Que los jueces, y en general todos los llamados a aplicar el Derecho, habrán de tomar la norma constitucional de derecho fundamental como premisa de su decisión.

La segunda garantía abstracta, la reserva de ley en la limitación y regulación del ejercicio de los derechos constitucionales, implica que sólo el legislador puede establecer límites y regular el ejercicio de los derechos, vedando a la Administración realizar actos en tal sentido, salvo para complementar o desarrollar la ley que previamente reguló la materia.

La garantía se explica en que los asuntos, como la limitación y regulación de los derechos constitucionales, sean debatidos, confrontados y resueltos por el órgano que ostenta mayor legitimidad democrática en nuestro sistema, es decir por el legislador. Una consecuencia concreta de esta garantía redundaría en que derechos como la libertad de reunión no pueda ser regulada en su ejercicio por una norma de la potestad reglamentaria, como ocurre actualmente de conformidad con el Artículo 19 N° 13 de la Constitución.

La reserva de ley, también desde una perspectiva de legitimidad democrática, a mi juicio, debiera ser en general de ley simple, salvo aquellos casos en que se regulan asuntos relacionados -a modo de ejemplo- con la estabilidad del régimen político, con aquellas disposiciones que regulan el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, o que dicen relación con la reforma de la Constitución, insistencias, veto, entre otras que se establezcan. En todo caso, ese quórum agravado de aprobación debiera ser superior al de la ley simple pero no tanto como para permitir que las minorías impongan su



preferencia en tales asuntos. Lo afirmado se argumenta en lo siguiente.

- *Primero, la exigencia de mayorías cualificadas para la regulación de ciertas materias importa una desconfianza hacia las mayorías democráticas del futuro, siendo éstas una expresión de paternalismo.*
- *Luego, la exigencia de mayorías cualificadas permitiría que una minoría haga triunfar su posición simplemente oponiéndose al cambio y votando la preservación del statu quo.*
- *Este tipo de leyes produce una petrificación abusiva en el ordenamiento jurídico en beneficio de quienes, en un momento dado, gocen de la mayoría parlamentaria suficiente.*
- *Por último, la regla de la mayoría cualificada vulnera la idea de igualdad política.*

El segundo grupo de garantías anunciado, es decir, las garantías concretas y jurisdiccionales, consisten en aquellos instrumentos reactivos que permiten a las personas, en cada caso en que se repute producida una vulneración de un derecho constitucional, a acudir a los órganos jurisdiccionales y obtener la preservación del derecho o el restablecimiento del mismo.

Si reflexionamos sobre el funcionamiento no solo de la estructura de las garantías, sino sobre el funcionamiento de las acciones constitucionales tal como las prevé la Constitución hoy día, podemos identificar una serie de cuestionamientos que ha hecho la doctrina constitucional respecto de aquella.

Por ejemplo La acción de protección no es propiamente una acción cautelar de derechos fundamentales, sino que es un contencioso administrativo. En tal sentido, el profesor Juan Carlos Ferrada expresa que la acción de protección ha terminado por asumir un rol principal y ordinario de solución de conflictos entre el ciudadano y la Administración, tutelando no sólo sus derechos fundamentales, sino en muchos casos meros derechos legales o intereses legítimos, vulgarizándose de este modo su uso, y convirtiéndose en vía ordinaria de control de legalidad de la actuación administrativa.

Por otro lado, y también respecto del recurso de protección, se ha estimado que el razonamiento que realizan las Cortes -y se puede constatar- al momento de fallar los recursos de protección no centran su atención en la afectación del derecho fundamental sino en la actuación ilegal o arbitraria del sujeto ofensor. Con rotundidad expresa Tomás Jordán: “El análisis jurisprudencial en sede de protección permite concluir que las Cortes no establecen primero el contenido del derecho supuestamente afectado para luego decretar si las acciones u omisiones en examen vulneran o no el derecho. El razonamiento es justo inverso, en primer lugar verifican el cumplimiento de los presupuestos de ilegalidad y arbitrariedad para recién decidir.”

En el mismo sentido coinciden los profesores Manuel Núñez y Gastón Gómez. Esto con respecto a la acción de protección y su funcionamiento.

Por su parte, la acción por reclamación por pérdida o desconocimiento de nacionalidad ha sido mínimamente utilizada por razón de la exagerada exigencia de sus requisitos y la brevedad de sus plazos, habiéndose dictado sentencias en solo una docena de casos relacionados la mayoría con niños nacidos en el territorio chileno, cuyos padres se encontraban en situación irregular en Chile y que por tal motivo se les desconoció la nacionalidad chilena.



Cambiamos de ejemplo. Las sentencias recaídas en sede de indemnización por error judicial no superan la decena, por razón del limitado ámbito de la responsabilidad del Estado juez, esto es sólo circunscripto a la sede penal, además de que las causales previstas constitucionalmente no coinciden con las propias del sistema procesal penal actual, haciéndose prácticamente inviable esta vía para demandar la reparación del Estado cuando hubiera causado un daño a la libertad personal por una sentencia injustificadamente errónea o arbitraria.

Por tanto, quizás sería conveniente pensar en una única acción constitucional que proteja todos los derechos constitucionales sin exclusión: un amparo constitucional ordinario ante los tribunales del Poder Judicial y que este arbitrio esté estructurado como una acción cautelar, permitiendo al órgano competente razonar, en primer término, en torno a la vulneración o no del ejercicio del derecho amparado para recién proceder a verificar si la actuación que lo afecta es ilegal o arbitraria. La acción constitucional de amparo a que me refiero debiera tener al menos las siguientes características.

- *Debiera tener un procedimiento preferente y sumario.*
- *Conocido por los Tribunales de Justicia.*
- *Dotado de instrumentos para garantizar el efectivo cumplimiento de la sentencia o la resolución.*
- *Y que la regulación de su tramitación y procedimiento sea legal.*

Por su parte, las garantías institucionales pueden ser genéricas y específicas. Las genéricas constituyen los medios de control parlamentario de la acción de gobierno y el derecho de petición. Las garantías específicas están relacionadas con las instituciones avaladas por la Constitución para la protección de los derechos constitucionales, como por ejemplo la creación de la Defensoría del Pueblo. Este órgano, que se ha propuesto en reiteradas oportunidades, estaría encargado de velar por los derechos de las personas y administrados frente a la Administración y los servicios de interés público. Esta autoridad podría formular recomendaciones, procesar quejas de los ciudadanos, instar a la efectivización de responsabilidades y a la activación de controles judiciales de amparo ante los tribunales del Poder Judicial y de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, y favorecer ante los demás órganos del Estado la defensa y promoción de los derechos de las personas.

Por último, con respecto a lo que he denominado la suficiente definición estructural de los derechos, corresponde recordar que las teorías de la argumentación jurídica, aparecidas bajo el alero del Estado Constitucional de Derecho, han realizado un importante esfuerzo por destacar la existencia de una eventual diferencia entre las denominadas reglas y los designados principios. A partir de ella se ha desarrollado un mecanismo para la solución de aquellas antinomias que no pueden ser disipadas aplicando los criterios tradicionales de jerarquía normativa, especialidad o cronológico.

Con todo, no podemos olvidar que este esfuerzo teórico es descriptivo y no prescriptivo. Es decir, reporta una realidad al mismo tiempo que sugiere como actuar dentro de ella, empero no instruye cómo deben ser las cosas.

La necesidad de acudir a la teoría de la argumentación jurídica inspirada por el principialismo, deriva de una característica frecuente en los enunciados de derecho fundamental presentes en las Constituciones: su indeterminación, ya sea en la esfera de sus supuestos de hecho o en el ámbito de sus consecuencias jurídicas.



A causa de lo anterior, la Ciencia Jurídica, a través de sus interpretaciones de los derechos fundamentales, cobra una relevancia excesiva y los órganos jurisdiccionales se ven obligados a dotar de contenido a normas que no autodeterminan sus perfiles.

No soslayar esta realidad es algo que me parece imprescindible con miras a una nueva Constitución. En tal sentido, la primera garantía de eficacia de los derechos fundamentales es su consignación en un texto positivo. Con esta afirmación no tomo partido en torno al fundamento de los derechos, ni señalo que los derechos deben ser desarrollados, simplemente constato que un derecho escrito despeja cualquier controversia en torno a su existencia jurídica.

Luego -para finalizar- la nueva Constitución debiera tener una especial preocupación por determinar con la mayor precisión posible los elementos estructurales de todo derecho fundamental. A saber, su titular, destinatario, contenidos, límites y garantías, de tal forma que se reduzcan al mínimo posible las zonas de penumbra que por abandonadas a la interpretación, postergan hasta el incumplimiento contenidos constitucionales.

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESOR AUGUSTO QUINTANA B.: Muchas gracias, profesora Henríquez.

Damos la palabra ahora a la profesora María Beatriz Arriagada. Es Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Doctora en Derecho en esta casa de estudios y profesora de Teoría del Ordenamiento Jurídico, Derecho y Moral, y de Fuentes del Derecho en la Universidad Diego Portales.

Tiene la palabra, profesora.

PROFESORA MARÍA BEATRIZ ARRIAGADA: Muchas gracias.

Lo primero es agradecer la invitación a las profesoras a este Quinto Seminario de Profesoras de Derecho Público, donde claramente soy un bicho raro porque no soy profesora de Derecho Público sino de Teoría del Derecho.

Agradezco mucho la invitación a compartir con ustedes esta instancia. Y también agradezco a las personas que han estado aquí toda la tarde y todavía tienen paciencia para seguirnos escuchando.

En honor al tiempo, voy a ir directo al punto.

Como en el contexto de los llamados derechos fundamentales el debate sobre los derechos sociales y particularmente sus diferencias con los derechos civiles y políticos, que también llamamos liberales, es amplísimo, resulta indispensable es acotar el asunto.

Parto de la base que los llamados derechos fundamentales son, en primer lugar, posiciones jurídicas subjetivas que, dirigidas a la protección de ciertos bienes, se fundamentan en normas jurídicas positivas, específicamente en la Constitución, asumiendo que ésta es, por definición, rígida. Es importante distinguir la posición jurídica que se analiza de la norma en que esta posición se fundamenta.



En segundo lugar, asumo que son posiciones jurídicas en que se encuentran los individuos en relación con el Estado. Por lo tanto, excluyo de mi análisis a los llamados derechos colectivos y también a los derechos fundamentales desde el punto de vista de su eficacia horizontal.

Parto también de la base que cuando hablamos de derechos sociales nos referimos a derechos que imponen al Estado obligaciones de prestación de carácter material.

Por razones que en verdad no alcanzo a explicar, descarto cualquier lectura que suponga que los derechos fundamentales reflejan un conjunto de obligaciones negativas y positivas y, desde luego, las que sostienen que los derechos fundamentales comprenden un conjunto de posiciones jurídicas subjetivas activas, sean hohfeldianas o de cualquier otro tipo. Básicamente porque estas lecturas confunden la protección, es decir, la posición jurídica subjetiva con los bienes que son objeto de esa protección.

Entiendo así que un Derecho subjetivo no es otra cosa que el reflejo de una obligación, que puede ser de acción o de abstención. Es decir, asumo el concepto kelseniano de derecho a reflejo, cuyo fundamento reside en una norma regulativa, la norma que impone la obligación correlativa. Así entendido, un derecho subjetivo puede o no puede estar garantizado. Si lo está, estamos frente a lo que Kelsen llamaba un derecho subjetivo en sentido técnico, es decir, un derecho reflejo unido a la potestad de reclamar frente al (o de hacerlo valer) incumplimiento de la obligación correlativa.

Finalmente, parto de la base de que muchas de las exigencias de justicia material que suelen agruparse bajo el rótulo de derechos sociales, están reconocidas y declaradas como derechos en las constituciones o en la mayoría de las constituciones contemporáneas.

En este contexto, el debate reduce un poco sus alcances. La circunstancia de que los derechos sociales tengan que cumplirse mediante prestaciones materiales, la indeterminación de las disposiciones normativas que los contienen, y al hecho de que, por regla general, no se contempla un recurso destinado a asegurar su cumplimiento, sirven de fundamento a conclusiones tales como: los derechos sociales no son derechos verdaderos sino derechos sobre el papel, o no son derechos subjetivos en sentido estricto sino que son servicios sociales, beneficios sociales, objetivos programáticos, etcétera.

Cualquiera sea el mérito y la fuerza de los argumentos que se dirigen tanto a favor como en contra de la juridicidad y la justiciabilidad de los derechos sociales, lo concreto es que la disputa no ha terminado y que la situación de los derechos fundamentales, en lo fundamental, no ha variado. Tanto es así que a estas alturas, aunque la tendencia dominante sea la de admitir su juridicidad, el esfuerzo argumentativo dirigido a diluir sus diferencias con los derechos liberales, incluida la estrategia de convertirlos en derechos liberales para hacerlos exigibles, pone en evidencia que su situación sigue siendo precaria. Mientras los derechos civiles y políticos (liberales) son general y directamente justiciables, los derechos sociales no lo son, por lo que siguen apareciendo como derechos incompletos, discapacitados o devaluados.

Asumido esto, una de las preguntas que debiéramos ser capaces de responder es la que titula mi exposición: si la Constitución debiera ser mínima o debiera ser desarrollada en materia de derechos sociales. En mi opinión, esta pregunta asume erróneamente que el problema, si es que hay alguno, se encuentra en los derechos sociales.

La tesis que quiero defender es que la situación devaluada en que reconocidamente se encuentran las exigencias de justicia que se agrupan bajo el rótulo de derechos sociales, no puede siquiera evaluarse o medirse, mediante su comparación con



los derechos civiles y políticos, y menos puede solucionarse o salvarse mediante su equiparación con ellos.

La razón de esto, en mi opinión, no debe buscarse en los derechos sociales, sino en los derechos civiles y políticos, y particularmente en la forma en que éstos han sido generalmente entendidos. Esta forma, en que generalmente han sido entendidos los derechos civiles y políticos, se puede resumir en dos proposiciones que son generalmente aceptadas en la literatura sobre derechos fundamentales.

La primera: los derechos civiles y políticos son derechos subjetivos que reflejan obligaciones que el Estado debe cumplir.

La segunda: la violación de estas obligaciones es causa de invalidez, general o particular, de las normas infra constitucionales producidas por las autoridades públicas.

Argumentaré que la primera de estas proposiciones es solo parcialmente verdadera y que la segunda es completamente falsa. Intentaré mostrar que la suposición de que ambas proposiciones son verdaderas produce varios malentendidos. En primer lugar, impide justificar satisfactoriamente la común agrupación de los derechos civiles y políticos bajo una misma categoría analítica. En segundo lugar, fundamenta creencias erradas acerca de algunas de las funciones que tienen las cortes constitucionales. Y en tercer lugar, no permite medir cuál es la situación real en que se encuentran los derechos sociales y, por lo tanto, no contribuye a su solución.

Para hacer lo anterior, me basaré en dos distinciones que han sido puestas de relieve por la teoría analítica del derecho.

La primera distinción es la que separa las normas regulativas de las normas de competencia. Esta distinción se fundamenta, para decirlo de manera muy sintética, en las diferentes consecuencias que se siguen de la observancia e inobservancia de unas y otras. En términos simples, de la observancia e inobservancia de una norma regulativa nunca se sigue, respectivamente, la validez y la invalidez. Esto sólo puede decirse de las normas de competencia.

La segunda distinción que utilizaré, es la que separa los actos materiales de los actos normativos, que es aproximadamente equivalente a la distinción searlina entre hechos brutos y hechos institucionales. Los actos materiales se caracterizan porque su existencia no depende lógicamente de la existencia de ninguna norma. Pueden ser supuestos de hecho de normas regulativas que incentivan o castigan su realización o no realización. Los actos materiales, como por ejemplo golpear a alguien, no pueden ser válidos ni inválidos, tampoco pueden ser aplicables o inaplicables. Solamente pueden ser lícitos o ilícitos. Los actos normativos (legislativos, administrativos o judiciales), en cambio, crean, modifican o extinguen normas. No sólo son supuestos de hecho de normas. También son actos aplicadores de normas de competencia, como consecuencia de lo cual pueden ser válidos o inválidos, aplicables o inaplicables.

Ahora puedo entonces enfrentar la primera cuestión, a saber, que la primera proposición que antes enuncié (los denominados derechos civiles y políticos reflejan obligaciones que el Estado debe cumplir), es sólo parcialmente verdadera.

Sabemos que la lectura de los llamados derechos políticos como derechos que reflejan obligaciones estatales presenta, cuando menos, un déficit explicativo porque mantiene oculto o pone entre paréntesis lo que comúnmente se denomina “la dimensión activa” de los llamados derechos políticos. Ella se refiere a que, a través del ejercicio de estos derechos, los ciudadanos toman parte en las decisiones públicas. Afirmando que esta lectura presenta “cuando menos” un déficit explicativo porque incluso hay quienes creen que ella es derechamente problemática.



En mi opinión, la lectura de los llamados derechos políticos como derechos que reflejan obligaciones estatales es incorrecta por una razón más radical. Los llamados derechos políticos no son “derechos subjetivos” porque no se fundamentan en normas regulativas sino en normas de competencia que, en los órdenes jurídicos democráticos, confieren a los individuos la potestad de participar en la producción del orden jurídico, tomar parte en los procesos que conducen a las decisiones públicas acerca de lo que cuenta como derecho. Tanto es así que se puede afirmar que, en un sistema democrático, los órganos del Estado son competentes para producir normas que obligan a los ciudadanos sometidos a derecho, precisamente porque esos órganos son elegidos a través de elección popular, a mediante el sufragio de los titulares de los llamados derechos políticos. En consecuencia, los derechos políticos son condición de validez de las normas jurídicas producidas por las autoridades públicas.

En razón de lo anterior, la primera proposición en análisis debe ser modificada circunscribiendo su alcance solo a los derechos civiles, es decir, excluyendo a los derechos políticos por no considerarse, en sentido estricto, derechos subjetivos. La proposición queda entonces como sigue: Los denominados derechos civiles son derechos subjetivos que reflejan obligaciones que el Estado debe cumplir.

La segunda proposición (la violación de estas obligaciones es causa de invalidez, general o particular, de las normas producidas por las autoridades públicas) permanece igual y, a continuación, intentaré mostrar que ella es falsa. Es falsa, porque pasa por alto que de la inobservancia de normas regulativas, es decir, normas que imponen obligaciones y confieren derechos, no se sigue la invalidez (general o particular) de normas. Se ha olvidado distinguir a las normas regulativas, de las normas de competencia.

El problema es entonces el siguiente. Si es cierto que la validez general o particular de las normas producidas por las autoridades públicas se juzga de conformidad con las normas que confieren los llamados derechos civiles, estas normas tendrían que ser de competencia y, en cuanto tales, diferentes de e irreductibles a las normas regulativas que establecen derechos y obligaciones. Más concretamente, tendríamos que decir que se trata de normas de competencia que limitan sustantivamente la competencia normativa del Estado. Esta lectura, que es la que tenía Kelsen es correcta pero sólo parcialmente en cuanto que deja oculto el sentido, extendidamente aceptado, según el cual los llamados derechos civiles son instrumentos con que los individuos cuentan para defenderse de los poderes fácticos del Estado y sus agentes.

Como una norma de competencia no puede ser al mismo tiempo una norma regulativa (estoy dispuesta a discutir esto en otra oportunidad o en el espacio de las preguntas), la alternativa parece ser la siguiente: una misma disposición constitucional, por ejemplo la que consagra el derecho a la vida, o el derecho a la libertad de expresión, expresa dos diferentes tipos de normas que son diferentes e irreductibles: una norma regulativa, que prohíbe una conducta, por ejemplo, afectar la integridad física de otro y una norma de competencia, que define la omisión de esta conducta prohibida como condición de validez de otras normas. En esta alternativa parece poder ubicarse *Alexy*, uno de los autores más importantes en el estudio de los derechos fundamentales.

Esta interpretación es, sin embargo, incorrecta, porque aunque es cierto que las disposiciones constitucionales que confieren los llamados derechos civiles expresan dos diferentes tipos de normas, es falso que estos dos tipos de normas se refieran al mismo tipo de conducta. En este caso, se ha olvidado la distinción entre actos materiales y actos normativos.

Mi tesis es que las disposiciones constitucionales que confieren derechos civiles expresan dos tipos de normas, que además de ser diferentes e irreductibles, no se refieren al mismo tipo de conducta.



En primer lugar, expresan normas regulativas, que confieren auténticos derechos subjetivos que imponen al Estado obligaciones de abstención, de cuyo cumplimiento depende la licitud de las actuaciones materiales de las autoridades públicas. En segundo lugar, expresan normas de competencia, que confieren a los individuos potestades de participación política, cuyo ejercicio condiciona la validez general o particular de las normas de las autoridades públicas, es decir, las decisiones acerca de lo que no cuenta como derecho (Recuérdese que el ejercicio de los llamados derechos políticos condiciona, en cambio, las decisiones acerca de lo que cuenta como derecho).

Los llamados derechos civiles tienen entonces dos diferentes significados.

En un primer sentido, son auténticos derechos subjetivos. Sus titulares no tienen derecho a que las autoridades públicas se abstengan de producir normas, sino derecho a que ellas se abstengan de realizar actos materiales, como por ejemplo la tortura, que impidan o interfieran con el disfrute de los bienes que esos derechos protegen.

En este sentido, la idea de tener un derecho civil es completamente separable de la idea de tener una garantía. Yo puedo tener un derecho sin que el mismo esté garantizado. Pero el hecho de que los derechos civiles sean una defensa en contra de actos de carácter material, es decir, en contra de las llamadas “vías de hecho”, permite conjeturar que si frente a su violación, los individuos no estuvieran judicialmente amparados, se encontrarían en una situación demasiado precaria frente al Estado y los poderes fácticos del Estado.

La garantía judicial de estos derechos no debe ser considerada entonces como la protección de un interés individual, como habitualmente se cree, sino como una condición de posibilidad del Estado de Derecho. De hecho, los derechos civiles, así entendidos, están habitualmente provistos de garantía judicial, es decir, son derechos subjetivos en sentido técnico que, al ser amparados directamente por tribunales con jurisdicción constitucional, particularmente las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, sirven a la función conservadora del Derecho. Como consecuencia, no pueden agruparse bajo una misma categoría con los llamados derechos políticos.

El segundo significado de los llamados derechos civiles, es que ellos son potestades de participación política que se fundamentan en normas de competencia. Sus titulares no tienen, por ejemplo, derecho a que las autoridades públicas se abstengan de torturar, sino derecho a que ellas se abstengan de producir normas que, por ejemplo, autoricen la tortura.

En este segundo sentido, tener un derecho civil no es separable de tener una acción constitucional de amparo, de protección, de inaplicabilidad o de inconstitucionalidad, porque los derechos civiles solo entran en juego cuando el control de constitucionalidad se hace depender de la voluntad de los individuos.

Las normas que consagran los derechos civiles, así entendidos, son normas que sólo confieren a los individuos la competencia de intervenir en el proceso de decisión de invalidación o desapplicación de las normas producidas por las autoridades públicas. En consecuencia, no son normas que establezcan, como normalmente se cree, límites sustantivos a la competencia normativa del Estado, excluyendo ex ante ciertos contenidos de las futuras normas. Tales límites o contenidos son, en cambio, determinables en el proceso que tiene lugar en la llamada jurisdicción constitucional.

Entendidos como potestades de participación política, los derechos civiles son perfectamente asimilables con los derechos políticos y son, junto con ellos, constitutivos de la democracia. Como ambos condicionan la validez de las normas de las autoridades públicas, el conjunto de los derechos civiles y los derechos políticos puede ser denominado tranquilamente



“Potestades fundamentales”, no “derechos fundamentales” porque no son correlativos de ninguna obligación.

En cuanto son constitutivos de la democracia, sirven, no a la función de conservación, sino a la función de creación y transformación del Derecho, en el mismo proceso en el cual los tribunales con jurisdicción constitucional actúan como legisladores negativos, como consecuencia de lo cual y a diferencia de lo que habitualmente se cree, no protegen directamente derechos subjetivos.

Dicho todo lo anterior, puedo terminar haciendo referencia a los derechos sociales. Cuando se intenta evaluar su situación comparándolos con los derechos civiles y políticos, ¿Cuál es el error que se comete? Se pasa por alto que los derechos políticos no son realmente derechos subjetivos y se pasa por alto que los derechos civiles tienen dos diferentes significados, uno solo de los cuales es comparable con los derechos sociales.

Comparando lo que se puede comparar, sólo los derechos civiles, entendidos como derechos subjetivos que reflejan obligaciones del Estado, de cuyo cumplimiento depende la licitud de las actuaciones materiales de las autoridades públicas, pueden compararse con los derechos sociales, que entonces deben ser entendidos como derechos subjetivos que reflejan obligaciones de prestación cuyo incumplimiento determina la ilicitud de la sanción estatal correspondiente. Y el conjunto conformado por los derechos civiles así entendidos y los derechos sociales puede denominarse tranquilamente “Derechos fundamentales”.

Para que, en este contexto, los derechos sociales puedan equipararse con los derechos civiles, los primeros deben ser reconstruidos como derechos que reflejan obligaciones de prestación que se dirigen a satisfacer necesidades a tal punto básicas que la garantía judicial de su cumplimiento admita ser interpretada, en los mismos términos que los derechos civiles, como un mínimo exigible para que sea posible el Estado de Derecho.

Cuando afirmo que son mínimos, estoy contestando la pregunta de cómo debe ser la Constitución en materia de derechos sociales (si debe ser mínima o debe ser desarrollada). Desde luego ello no es un obstáculo a la consagración de otros derechos de prestación material que superen este mínimo, que entonces serán sólo derechos pero no fundamentales. Cuando hablamos de derechos fundamentales, la constitución debe ser mínima pero no sólo en materia de derechos sociales sino también en materia de derechos civiles puesto que, en ambos casos, hablamos, modestamente, de las condiciones que hacen posible el Estado de Derecho.

Aclarado el asunto, es entonces posible evaluar la situación de los derechos sociales. Comparando lo que se puede comparar, claramente son derechos devaluados porque, a diferencia de los derechos civiles, nunca o muy raras veces están provistos de garantía judicial.

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESOR AUGUSTO QUINTANA B.: Muchas gracias, profesora Beatriz Arriagada.

Seguidamente la profesora Álvarez responderá algunas preguntas.



PROFESORA AMAYA ÁLVEZ M.: Voy a intentar dar respuesta.

En cuanto a la primera pregunta de la dignidad humana como valor, principio o regla, realmente creo que no sería ningún problema abordarla desde las tres perspectivas. No tendría por qué ser excluyente una de la otra. Podríamos pensar sobre la dignidad como valor y como principio. La clave -pienso yo- es hacer una reflexión de cuál sería la diferencia de considerarla en uno y otro sentido. Yo no creo que tienda a ser precisamente una de las dos.

El libro más reciente que conozco es del profesor Aharon Barak, sobre la dignidad humana como un principio constitucional, y justamente aborda las consecuencias prácticas de una u otra. Yo no creo que sea excluyente.

También habría que ver si adjudicada la dignidad dentro de una garantía se transforma en regla. Esa es otra pregunta que habría que formular. Creo que técnicamente es posible, pero hay que hacerlo. Muchas veces lo que he visto en los fallos de nuestros tribunales, es que enunciamos lo que teóricamente debíamos hacer, pero no siempre viene luego la bajada a la realidad, en que a ese caso concreto se le aplica la teoría que se dice se está siguiendo, para finalmente señalar lo que ocurre en la realidad. Me parece que nos quedamos en una etapa anterior, y creo que eso tiene un efecto real en cómo adjudicamos los derechos fundamentales.

Con respecto al derecho a la salud, me parece una pregunta muy interesante, sobre todo si usted ha tenido la oportunidad de sufrir nuestro sistema de ISAPRES. En eso Colombia tiene tanto que enseñarnos en materia constitucional, por ejemplo, lo que ustedes han trabajado como derechos por conexión.

Evidentemente el derecho a la salud no se entiende sin una aplicación concreta de la igualdad, y me pareció tan clara la exposición de la profesora Arriagada sobre cómo había que abordarlo.

Entonces, quizás la pregunta es ¿qué le vamos a exigir al Estado como prestaciones en tanto ciertos derechos fundamentales? Y en eso claramente en Chile estamos en deuda. No sé si usted sabe pero tenemos colapsadas las Cortes de Apelaciones de este país, sobre la base de recursos de protección, invocando la propiedad sobre la salud.

Es decir, si viniera un extraterrestre y tuviéramos que explicar eso, sería difícil de explicar, pero lo que usted tiene en definitiva es una propiedad sobre la garantía de la salud, y eso es sobre 14% de la población chilena, y sólo el 1% ciento reclama. Evidentemente aquí tenemos un problemita.

Interesante la pregunta sobre el derecho constitucional de las víctimas. Yo le respondería desde la academia lo que yo he percibido. Me parece que trabajamos en especies de estamentos autónomos independientes desde el punto de vista jurídico que no aporta al debate, porque la Constitución si es la norma que regula la convivencia de la sociedad política debiera ser transdisciplinaria.

O sea, en este debate no sólo debiéramos estar participando los constitucionalistas, en este debate debieran estar participando todos. Es decir, las personas que se dedican al Derecho Penal tendrían mucho que aportar acerca de las normas del debido proceso o de otras; así también los tributaristas; así también los laboralistas.

Debemos abrir un debate y a hacer una reflexión profunda. Yo diría que la Corte Europea de Derechos Humanos es quizás la que mayor aporte ha hecho en la materia.



En cuanto al pluralismo jurídico, me parece que también hay que abordarlo seriamente, pero lo que ocurre es lo siguiente. Al centrar el debate en un punto no reflexionamos sobre la Constitución como un todo. Esa coherencia significa que si vamos a consagrar un pluralismo jurídico, vamos a tener que hacer cambios importantes en materia de ciudadanía, por ejemplo, y vamos a tener a lo mejor que avanzar hacia la igualdad material. No va a bastar solamente con igualdad meramente formal. Entonces ese análisis de tomar la Constitución como un todo y hacerla coherente, creo que es un esfuerzo mucho más profundo de lo que hemos sido capaces de abordar ahora. Por supuesto que lo espero, creo que va a la teoría actual, y si miramos a Latinoamérica nos damos cuenta que nosotros estamos al debe.

PROFESORA AUGUSTO QUINTANA B.: Se agradece mucho a las panelistas y se da por terminado el panel.

...Aplausos



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Una gran conversación por

CHILE

Proceso constituyente y
nueva constitución política



CAPÍTULO V / SESIÓN 19 DE AGOSTO DE 2015

PROBIDAD COMO PRINCIPIO RECTOR
DE RANGO CONSTITUCIONAL





PROBIDAD COMO PRINCIPIO RECTOR DE RANGO CONSTITUCIONAL

■■■

SESIÓN 20 DE AGOSTO DE 2015

Expositor:

- *Profesor Manuel Núñez Poblete*

Comentarios:

- *Profesor Luis Cordero V.*
- *Profesor Emilio Pfeffer U.*
- *Profesor José Zalaquett D.*
- *Moderador: Profesor Enrique Navarro B.*

PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B.: Muy buenas tardes.

Agradecemos, como siempre, la concurrencia de todos ustedes, y damos inicio a este nuevo ciclo dentro de las actividades que hemos estado desarrollando en relación al nuevo texto constitucional.

En esta oportunidad el tema que nos convoca es el Principio de Probidad, como principio rector en materia de rango constitucional.

Para estos efectos en primer lugar va a exponer el profesor Manuel Núñez y después tendremos tres comentarios de los profesores que nos acompañan y que los voy a presentar oportunamente.

El profesor Manuel Núñez es Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Valparaíso, Doctor en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela.

Es un autor de amplio reconocimiento en el ámbito del Derecho Público y el Derecho Constitucional. Ha ocupado distintos cargos en el ámbito académico. Tiene muchísimas publicaciones y libros en el área de su especialidad.

También podemos mencionar entre sus cargos, que es integrante del Instituto Nacional de Derechos Humanos y también ha formado parte de otras instituciones junto con otros estudios. El currículum es muy amplio, de manera que simplemente lo presentamos además como un buen amigo de nuestra Facultad.

Entonces el profesor Núñez va a tener el tiempo para exponer acerca del Principio de Probidad como principio rector de nuestra Constitución.



PROFESOR MANUEL NÚÑEZ P.: Muchas gracias, profesor Navarro.

En primer lugar, quisiera agradecer a la organización en la persona de la profesora Ana María García por haberme invitado a compartir estos minutos de conversación con profesores que me son tan respetados y queridos.

Yo voy a exponer lo que me ha pedido la profesora Ana María García, que es una brevísima relación respecto de la función que cumple la Constitución en el llamado Principio de Probidad. Yo hablaré de probidad e integridad de manera indistinta y qué función cumple dentro del Derecho Público. Para eso, voy a dividir mi exposición en dos partes.

En primer lugar, pretendo contextualizar el lugar de la probidad como un imperativo puesto externamente hacia una Constitución. Y aquí voy a hablar en qué sentido el Principio de Probidad es un mandato para la Constitución. En segundo lugar, en qué sentido la probidad es un principio de la Constitución.

Dicho eso, dado que este es un seminario sobre reformas constitucionales, voy a intentar ordenar algunas ideas respecto de las principales propuestas que se han hecho y otras que se podrían hacer en materia de reforma o refundación de nuestro diseño constitucional.

A la primera pregunta sobre el sentido de la probidad como un principio para cualquier constitución, la pregunta es en qué sentido es la probidad un mandato para una Constitución, creo que uno puede hablar acá en dos sentidos claramente identificables.

En un primer sentido, y esto ya es propio de la política, la probidad es un imperativo para cualquier diseño constitucional, en cuanto todo diseño constitucional debe hacer posible la existencia del interés general. Si uno entiende en general que la probidad es la primacía del interés general sobre el interés particular, la primera función que tiene una constitución es de hacer posible la existencia de ese interés general.

La discusión sobre la probidad, en otras palabras, es banal si el sistema constitucional no hace posible como una expectativa la existencia de ese interés general. Todas las instituciones, por lo tanto, todo el diseño, todo el dibujo que de las instituciones hace la Constitución, debe hacer posible la configuración de este interés general, y por otro lado le dará a esa configuración una determinada identidad. Detrás de esto, hay un concepto sobre el cual yo no me voy a referir, que es el problema de la representación política, en el sentido de que es interés general lo que es interés de la República.

Si uno examina los distintos órganos representativos, podría decir que en la medida que existan, por ejemplo, dos cámaras legislativas, una de representación puramente ciudadana y otra de representación territorial —una cámara para los estados en las federaciones o para las regiones ahí donde se habla de estado regional— en un caso el interés general será el interés que emana de la representación ciudadana en la Cámara Baja, y el otro el que emana de la representación de los territorios en la Cámara Alta.

Si uno además añade —cómo es posible que se incorpore dentro del debate de una reforma o una nueva Constitución —la participación o la representación de distintos pueblos dentro de la nación, entonces la construcción de ese interés general también tendrá como variable o como componente la representación de los intereses particulares de esos pueblos. Estoy pensando específicamente en los pueblos indígenas.

También, la fórmula de construcción del concepto de interés general va a depender del tamaño de las circunscripciones



electorales. Mientras más grandes y por lo tanto más numerosas son las circunscripciones electorales, tiende a ser mayor o más íntima la relación entre representación y nación. Mientras menores son esas circunscripciones electorales, la representación tiende necesariamente a particularizar los intereses.

Luego de esta forma de representación va a derivar esa fórmula de interés general que va a admitir ese sistema constitucional de representación. Y esto es importante, porque va a tener una consecuencia legal al momento de discutir cuándo hay o no hay conflicto de interés respecto de la defensa de los intereses de esas comunidades territoriales, que mientras más pequeñas son –insisto-- más se alejan a la idea de la representación de un interés y a la construcción de un interés general.

Con eso yo quedo hasta aquí, porque es un tema que no voy a profundizar, pero que es relevante, puesto que —reitero— del modo como una constitución configura la representación, depende la idea que está detrás del principio de probidad, que es el interés general.

En un segundo sentido el estándar de integridad es un imperativo que está impuesto a todo diseño constitucional desde el derecho internacional. Si el primero es el imperativo del resguardo de la democracia como forma de gobierno, que también es un imperativo internacional, por lo menos a nivel de Organización de Estados Americanos, el segundo es un imperativo que surge a partir de instrumentos que son bastante conocidos por ustedes, como son los instrumentos de prevención, castigo y lucha contra la corrupción, tanto a nivel de Naciones Unidas como a nivel Interamericano.

Si uno examina estos instrumentos con mayor o menor detalle, o con más o menos coincidencias, se imponen una serie de deberes que uno pudiera entender y son también deberes positivos para cualquier arreglo constitucional.

Por lo tanto, a la pregunta de la estructura de poderes y derechos dentro de una determinada comunidad política, uno puede incorporar esta variable identificando qué elementos promueven la integridad, y qué elementos de ese mismo diseño pueden transformarse en obstáculos y en posibles impedimentos. No me voy a referir esto ahora, sino a lo largo de mi exposición, pero me atrevo a adelantar algunos obstáculos: las inmunidades de control, las autonomías, tanto cuando son autonomías institucionales o normativas, que como lo voy a demostrar más adelante generan ciertas asimetrías en el contenido de los códigos de conducta que forman parte de cualquier sistema de prevención de la corrupción. También incide en ello lo que voy a llamar el régimen de ciertos derechos fundamentales, que pueden servir tanto como vehículo para la prevención de la corrupción, como eventuales obstáculos o límites en la lucha contra la misma.

En un segundo sentido, uno puede hablar de la probidad como principio propio de la Constitución. Y aquí yo llego al actual Artículo Octavo, que es reformado el año 2005, incorporando junto con la publicidad un principio que en teoría se supone articula, como otros principios de las bases de la institucionalidad, este deber de integridad de las autoridades.

En cuanto a los modos o las formas en que las constituciones reciben este principio de probidad, creo que es interesante examinar las experiencias comparadas, porque hay algunas evidencias que pueden ser decidoras.

En primer lugar, creo que la evidencia no muestra necesariamente que los países con mayor desarrollo normativo del principio de probidad en sus constituciones, y me atrevería a decir en sus legislaciones, son los que muestran mejores índices de corrupción. Si uno examina la Constitución de Dinamarca, es posible advertir por una parte un extraordinario estándar de probidad, un estándar tan alto que la ciudadanía lo percibe como el país menos corrupto. Sin embargo la



Constitución Danesa no es precisamente un modelo de reglas a copiar en materia de la corrupción: desde su silencio y sus reglas sobre la monarquía sin deber de rendir cuentas a nadie surge una Constitución muy pobre en estándares normativos. Por lo tanto, no habría necesariamente una relación entre este reconocimiento explícito del Principio de Probidad con el control y la percepción de los niveles de corrupción. Esa es una primera observación.

Una segunda observación, que es completamente discutible, y esto ya a nivel regional, sugiere que tampoco las reglas o los estándares, o por lo menos la percepción sobre la probidad, nacen necesariamente de la calidad de los textos constitucionales. Ni siquiera de la legitimidad de estos. En los índices de Transparencia Internacional, los defectos de la Constitución Chile —que no se precia posiblemente de tener una Constitución que genere la lealtad o la fidelidad de todos— no han impedido que tenga un muy buen lugar en la región junto con Uruguay, en materias de corrupción.

Pareciera que más que la Constitución, el conjunto de reglas sobre las que reside la integridad, son las reglas del Estado de Derecho, que pueden estar más o menos apoyadas en una Constitución, pero no necesariamente en el texto constitucional.

Si una observa en la región aquellas constituciones que recogen el Principio de Probidad, puede constatar que hay de distintos modos o distintas fórmulas de recepción del principio. Hay cláusulas que de manera explícita se refieren a la probidad, mientras que otras lo hacen de la manera implícita. En el primer caso está la Constitución Chilena o la Constitución Boliviana. En otros casos el Principio de Probidad se extrae, uno podría decir, a partir de una interpretación evolutiva de derechos que a nosotros, a lo mejor, a primera vista podrían no darnos ninguna pista sobre el Principio de Probidad. El ejemplo paradigmático es un fallo de la Sala Constitucional de Costa Rica, que identificó como un principio propio del Derecho Constitucional el de probidad, ello a partir del derecho a vivir en un medio ambiente o en un entorno limpio, limpio no sólo de polución, sino limpio en términos de interpretación progresiva de una regla constitucional: limpio también de corrupción.

Como principio, si uno revisa comparativamente la probidad con otros principios dentro de las bases, tiendo a sospechar —esto es una intuición, no tengo evidencia empírica objetiva— que el peso relativo del Principio de Probidad no es el mismo que poseen otros principios que están en el Capítulo Primero de la Constitución. Esto por una razón bastante obvia: el Principio de Probidad requiere de otras reglas, a diferencia de otros principios que están en el Capítulo Primero, que tienden a ser más autosuficientes, como el Principio de Juridicidad o el Principio de Responsabilidad.

El segundo tema que quisiera explicar, y aquí paso a la segunda parte de mi exposición, es ¿cómo o dónde, en qué lugares o cuál es el lugar que ocupa el debate sobre la probidad dentro del proceso de reforma constitucional? Ésa es una pregunta.

Si este es un seminario sobre procesos constituyentes, creo que no basta con identificar la función interpretativa que le ha dado el Poder Judicial al Principio de Probidad, o el sentido literal que en algún momento, en un par de recursos de inaplicabilidad, atribuyó el Tribunal Constitucional, a la regla del Artículo Octavo. Pienso que lo que ustedes esperan de esta conversación es alguna idea sobre cuáles son las áreas de nuestra estructura constitucional que favorecen o que obstaculizan la eficacia de este principio que no busca sino la primacía del interés general sobre el interés particular.

No me voy a referir en detalle a todo el abanico de problemas que uno puede encontrar asociados a la probidad y a la corrupción.



1. ASIMETRÍAS DE REGULACIÓN

Un primer diagnóstico general que uno puede hacer, me atrevería a resumirlo del siguiente modo. A pesar de que la fórmula del Artículo Octavo, del modo por lo menos como lo ha entendido el Tribunal Constitucional, corresponde al de un principio al cual se debe una sujeción, no cualquier sujeción, sino un principio de sujeción estricta y que se predica respecto de todos los poderes del Estado, no obstante esa afirmación general, si uno observa el modo como ella se desarrolla o se desenvuelve en la práctica legal, uno puede advertir una notoria asimetría de regulaciones, partiendo en uno de los aspectos más básicos que exige cualquier agenda contra la corrupción, que es el desarrollo de códigos de conducta que, por una parte, respecto del Estado, hagan efectiva la probidad y que respecto del funcionario o de la autoridad hagan previsible las consecuencias jurídicas de sus actos.

Congreso Nacional vs. Administración. Si uno compara la densidad normativa de las reglas del Título Tercero de la Ley de Bases, partiendo con una comparación entre el Congreso Nacional y en general el Estatuto de la Administración del Estado, uno puede resultar perplejo de la diferencia de estándares. Cuando hablo de diferencia de estándares, me refiero a algo tan básico como el detalle de lo que pueda hacer o no hacer con las millas que acumulo en un viaje, de este exquisito detalle de faltas especiales o infracciones especiales al deber de probidad, que está contenido en la Ley de Bases y que había sido largamente tratado —incluso antes de esa codificación— en materia funcional por la Contraloría General de la República, versus los estándares contenidos para los parlamentarios en la Ley Orgánica del Congreso y en los reglamentos de ambas Cámaras, por una parte, y por otra frente también al personal administrativo del Senado y la Cámara de Diputados.

Si uno compara sólo el estándar de exigencia de la Ley de Bases, con la única referencia a la probidad que uno encuentra en el Estatuto del Personal de la Cámara de Diputados y en el Estatuto del Personal del Senado, uno nota una asimetría importante. Esta asimetría puede tener por lo menos dos consecuencias. Una que perjudica al funcionario, y es que la configuración en los hechos de qué conducta constituye una falta de probidad, queda entregada a la discrecionalidad del órgano de régimen interno que aplica las sanciones. Recuerden ustedes que tanto en la Cámara como el Senado los procedimientos disciplinarios corren a cargo del jefe de servicio, que es el secretario de cada una de las corporaciones que puede delegar esa función en el prosecretario a partir de un sumario administrativo. Pero nada más que eso.

En segundo lugar, puede significar, y esto tiene un efecto que excede los espacios de trabajo de las corporaciones, cierta sensación de impunidad respecto de ciertas prácticas que se pueden dar y que pueden ser toleradas en el Senado y no en la Cámara y viceversa.

En una situación similar también está el personal laboral de ambas cámaras, que recuerden ustedes que a partir de las últimas modificaciones a la Ley Orgánica del Congreso, pueden ser contratados los asesores parlamentarios.

Cámara vs. Senado. Esa primera asimetría entre la Administración sujeta por lo menos a la Ley de Bases y del Congreso, es complementada por una segunda asimetría de deberes conductuales entre la Cámara y el Senado. Si uno examina el estándar de conducta del parlamentario en la Cámara de Diputados, tiene un número ligeramente, en cuanto a especificidad, superior de obligaciones respecto de las que tiene su equivalente en la Cámara Alta.

Esa asimetría, en cuanto a la definición versus indefinición de los códigos de conducta, ustedes tienen que contrastarlas



con otras asimetrías en terrenos vinculados a la integridad, como es el régimen a la sujeción a las normas sobre compras públicas. Como bien saben ustedes, la adscripción de las Cámaras al régimen de compras públicas es una adscripción no imperativa. No existe el deber legal de someterse al sistema de compras públicas. Es puramente subjetivo, en el sentido de que depende de si cada Cámara decide adscribirse voluntariamente al sistema de compras públicas. Esto a partir de una habilitación que todos los años viene incluida en la Glosa 2, Programa 1, Capítulo 7, Partida Octava del Presupuesto de la Dirección de Contratación y Compras Públicas en el Ministerio de Hacienda. Es decir, el Senado y la Cámara todos los años tienen la posibilidad de vincularse o desvincularse del sistema de compras públicas. Como estándar de comportamiento es completamente asimétrico respecto de todo lo que se pide al personal de la administración.

Administración vs. Poder Judicial. Una tercera asimetría entre la administración y otros órganos del Estado, se puede advertir si uno hace una comparación entre la administración y el Poder Judicial, donde existen los mismos problemas de previsibilidad respecto de la infracción a los comportamientos de los miembros del Poder Judicial.

Si hay una tarea difícil en nuestro país, ella es saber cuál es la aplicación práctica de los códigos de conducta de parlamentarios. Y si ustedes quieren saber cuál es el registro de sanciones, esos registros de sanciones en el Congreso Nacional, en las propias Comisiones de Ética y Transparencia de cada Cámara, no están disponibles para la comunidad. Si ustedes quieren saber cuál es el registro de sanciones a los códigos de ética del comportamiento ético de los miembros del Poder Judicial, se van a encontrar exactamente con el mismo problema. Y eso no es solamente un problema de control ciudadano respecto de los estándares éticos de cada uno de los poderes del Estado, sino también es un problema para el funcionario. Un funcionario judicial no tiene muchos elementos para saber cuándo viola o cuándo no viola los instrumentos, el acta de la Corte respecto de lo que es su comportamiento ético.

Las buenas prácticas en otros estados, permiten, por ejemplo, que se realicen índices de conductas prohibidas o sancionadas a partir de la práctica. El índice, por ejemplo, que manejan los jueces en Estados Unidos para prever cuando una conducta es sancionable, es un libro de 200 páginas donde dice mire, usted está casado con una persona que es activista de los Derechos Humanos, puede hacer o no puede hacer tal cosa. Yo soy boy scout, ¿puedo pedir aportes para mi organización? Se señala si eso es o no es falta a la probidad, si es falta o no es falta a la integridad judicial. ¿Puedo tener una cuenta de Twitter?, etc. Por lo tanto, el funcionario sabe con anticipación si su conducta está o no permitida, y a eso es lo que me refiero, y es una cuestión de debido proceso. El funcionario puede anticiparse a las consecuencias o sanciones por su conducta.

Funcionarios vs. trabajadores. Un cuarto nivel de asimetría, ahora dentro de la administración del Estado, es posible de observar respecto de aquel personal de la administración del Estado que se sujeta al Código del Trabajo. Bien saben ustedes que el Código del Trabajo no sólo es un estatuto de aplicación supletoria respecto del Derecho Administrativo o de los estatutos administrativos por lo menos de los generales, sino también es el único estatuto laboral de ciertos servicios públicos relativamente jóvenes, incluso también en algunos tribunales especiales de justicia. Hay algunos tribunales de justicia que también sujetan a sus funcionarios al régimen laboral, añadiendo siempre la obligación de incluir dentro de sus cláusulas contractuales el Principio de Probidad. ¿Dónde se puede generar la asimetría? En la fiscalización del cumplimiento de esas cláusulas, cuando cae enteramente en la lógica del Derecho del Trabajo, y no en la lógica del Derecho Administrativo. Eso podría ser en beneficio del trabajador, pero en perjuicio, podríamos decir nosotros, del interés general.



Por otro lado --esto completamente en perjuicio del trabajador--, sin que respecto del trabajador exista la misma claridad en cuanto a la norma sobre protección, que la Ley 20.205, generó respecto del funcionario público, sujeto al Estatuto Administrativo, sujeto al Estatuto Administrativo de los funcionarios administrativos municipales, cuando ese funcionario realiza una denuncia. Recuerden ustedes que el propósito de la Ley 20.205 es aumentar los estándares de protección al funcionario denunciante. Es más, las convenciones, tanto la Interamericana como la de Naciones Unidas, permiten incluso la presentación de denuncias anónimas. Yo no tengo claro cómo el estatuto de la Ley 20.205 pudiera ser automáticamente trasladado al trabajador cuando la relación laboral se justifica en eso, en un contrato de trabajo.

2. Otras áreas de intervención: constitucionalización de órganos

No voy a resumir todos los intentos – digamos-- de reformas en materia de probidad en lo que a órganos se refiere. Sí puede resultar interesante, dado que como lo dije al principio, la inmunidad a la autonomía puede ser un obstáculo para la fijación de ciertos estándares generales, el hecho de garantizar la autonomía constitucional a estos órganos que coadyuvan en sus funciones, por ejemplo, a la Contraloría General de la República.

La Comisión Engel, junto con la constitucionalización del Consejo para la Transparencia, por lo menos de sus funciones, algo propuso respecto de un ombudsman o defensor del pueblo. Si uno mira la Constitución actual, la verdad que encuentra espacios para sacar algunos órganos que no tienen naturalmente la relevancia que tienen este tipo de órganos para el funcionamiento del sistema democrático. Recuerden ustedes que la Constitución refiere en alguna parte al Consejo Nacional de Televisión. Hay por ahí un capítulo completo dedicado a un Consejo de Seguridad Nacional, que la verdad ya no sirve para lo que se había pensado originalmente.

3. Probidad y ejercicio de derechos

Una tercera área de intervención se refiere a la necesaria revisión del contenido de ciertos derechos y la reflexión acerca de cómo aprovechar un proceso de revisión constitucional para reforzar aquellos derechos fundamentales que son consustanciales a la integridad.

Hay naturalmente algunas garantías que son genéricas, como la libertad de prensa, el derecho al acceso a la información, que aunque la Comisión Engel propone constitucionalizarlo, el Tribunal Constitucional ya hace un par de años lo radicó en algunas normas de Derecho Internacional y en el mismo Artículo Octavo, y otros que son más específicos. Por ejemplo, el estatuto de las llamadas asociaciones de funcionarios ¿en qué medida? En la medida que es muy sencilla; en la medida en que la revalorización de estas asociaciones de funcionarios puede tener un efecto positivo en el control de la corrupción.

Las asociaciones de funcionarios, lo mismo que los sindicatos dentro de las empresas, son los ojos que detectan en primer lugar las irregularidades, las anomalías, en definitiva, los actos de corrupción; cumplen por lo tanto una función que es de interés general, curiosamente a partir –muchas veces- de la defensa de intereses particulares.

También es posible, aunque las convenciones de las que es parte Chile no lo indican, la configuración de un derecho especial a la reparación civil y el mejoramiento del derecho a acceso a la función pública, sin desproteger o desincentivar el acceso al empleo público. Esto último corre desde luego para todos los poderes del Estado y entendiendo por cargos o empleos públicos no sólo los funcionariales propiamente tales, sino todos aquellos cargos en los órganos constitucionales de los cuales participen corporaciones como el Senado o como la Cámara de Diputados.

Por ejemplo, se advierte contradicción de las prácticas del Senado este año para nominar a dos de los Ministros del Tribunal Constitucional, versus la práctica de la Corte Suprema para nombrar ahora a uno. Los estándares, de transparencia y posiblemente de integridad no son comparables.

Por último, un proceso de reforma tiene que revisar también la posible imposición de nuevas limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, entendiendo que la probidad puede ser un fin legítimo para perseguir por parte de la legislación restrictiva de derechos. Por ejemplo, en lo que se refiere a la autonomía de los cuerpos intermedios, si el financiamiento de las campañas va asociado a la prohibición de las personas jurídicas de financiar la política, esto es una manera de entender o esto es una manera de entender restringido el principio de autonomía de los cuerpos intermedios. Si se van a promover los registros de infractores, esta es una manera de entender restringido el derecho incluso a la rehabilitación penal de los sancionados por delitos asociados a la corrupción. Lo mismo si se van a extender las inhabilidades o las prohibiciones del ejercicio de ciertas profesiones o actividades mercantiles por parte de quienes han tenido responsabilidad, como lo propone la Comisión Engel.

Entonces, el reforzamiento del Principio de Probidad no supone solamente reforzar el ejercicio de ciertos derechos — ésa es la tesis—, sino también supone revisar el contenido de otros derechos que malentendidos o malinterpretados pueden colisionar con todas las medidas de prevención o combate de la corrupción.

Ése es básicamente el resumen que quería presentar para dialogar aquí.

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B.: Muchas gracias, profesor Manuel Núñez.

Para comentar la ponencia, en primer lugar dejaremos con la palabra al profesor José Zalaquett,

El profesor Zalaquett es Abogado de nuestra Universidad. Es profesor titular de Derechos Humanos en la Facultad. Fue también Director del Centro de Derechos Humanos, profesor de Ética y Gobierno en el Programa de Magíster de Políticas Públicas de la Universidad de Chile. Tiene una dilatada trayectoria académica como profesor en universidades nacionales e internacionales. Es Doctor Honoris Causa, por ejemplo, en la Universidad de Notre Dame o la University of New York. Tiene una dilatada participación en temas de derechos fundamentales, probidad y transparencia, y es autor de diversos libros.

Dejamos entonces al profesor Zalaquett, para que comente la ponencia.

PROFESOR JOSÉ ZALAUQUETT D.: Muchas gracias por esta invitación, profesora García Barzelatto, profesor Navarro, señor Decano.

El profesor Núñez, acertadamente a mi juicio, ha anclado el concepto de probidad en la noción de interés general. Esta noción se remonta conjuntamente con la noción de soberanía popular, de constitucionalismo moderno y derechos humanos, al tiempo de la Ilustración. Ése es el momento, entre fines del Siglo XVII y fines del Siglo XVIII, cuando un



conjunto de pensadores ingleses, escoceses y franceses y uno que otro alemán, acuñaron realmente lo que hoy día se conoce como la oleada liberal clásica. Y después fue modificada ya en esa época por una oleada liberal social, al punto que hoy día no resulta una antinomia hablar de un acercamiento entre liberalismo y socialismo, o los intereses de ambos.

En esa época por primera vez se acuña el concepto de soberanía popular desde un punto de vista filosófico. Ya había antecedentes anteriores pero más arcaicos, y solamente son fragmentarios. Pero una fundamentación filosófica cabal del principio de soberanía popular se dio en esta época, en este siglo llamado el Siglo de las Luces o de la Ilustración.

Hasta entonces se justificaba o legitimaba el poder del soberano sobre la base de tres principios. Un principio divino, Dios lo quiso rey o monarca; un principio dinástico, era hijo de rey, nieto de rey y le tocaba ser rey; y un principio fáctico, supo hacerse el poder y mantenerse en él. Ahora simplemente la legitimidad del poder descansa en la voluntad de los gobernados. Naturalmente, esto significa dos cosas. Significa que la voluntad de los gobernados tiene que canalizarse a través de una representación, y naturalmente, como bien recordaba el profesor Núñez, la representación puede ser más próxima o más lejana.

Casualmente, cuando se da el problema de la corrupción, la representación más próxima es la de los municipios, donde se da la mayor corrupción posible. Y la razón es que en los municipios hay mayor proximidad como para chequear a las autoridades, pero también mayor proximidad como para influir en ella. Al punto que muchos dicen “este alcalde hizo, robo su poco, pero hizo. Entonces lo vamos a reelegir”.

En suma, este concepto de la representatividad es muy importante. Sin embargo, los ciudadanos se han tardado dos siglos y un poco más en hacer carne la noción o desarrollar todos los corolarios de la noción de soberanía popular. Inicialmente tenían participación política real los varones propietarios y libres. Después los varones no propietarios y libres. Después, los varones, porque se abolió la esclavitud. Y mucho más tarde, las mujeres. Es bueno recordar eso.

Por tanto, se aprobó el voto censitario y existía esta restricción de aquellos que disfrutaban de los derechos políticos. Pero mucho más tarde, solamente a partir de los años 60 del siglo pasado se empezó a dar una actividad de los ciudadanos --sean varones libres o propietarios o no, o simplemente todos, varones y mujeres— que consistía en ir a votar, a depositar su sufragio cada tantos años en una urna.

En suma, se dio este principio a partir de los años 60. Los ciudadanos tomaron una posición mucho más activa. Por ejemplo, el primer movimiento ciudadano por una causa de interés público internacional fue el de los derechos humanos desde los 60 en adelante.

De los 70 en adelante se sumó el movimiento por el medio ambiente. Y de los 90 en adelante, por la anticorrupción. Para algunos, desde el año 2011 en adelante se anuncia un nuevo movimiento contra las desigualdades más flagrantes, contra los abusos, en fin. Pero me pareció un poco cercano como para tener una distancia crítica suficiente, pero es muy plausible que así sea.

Por tanto, si la democracia representativa supone representatividad y cuidar el interés general, los ciudadanos tienen el deber y la posibilidad y el derecho de controlar a las autoridades, y no solamente de acudir a las urnas cada tantos años. Sucede que ahora existe lo que se llama “la calle”, queriendo decir que los ciudadanos están manifestándose cada vez más. Con esto tampoco hay que idealizar a los ciudadanos. La mayoría de la gente no llega a su casa después de dos horas



en el Transantiago para participar en la reunión del condominio, sino para hacer zapping con el Kike Morandé, digamos.

En definitiva, la posibilidad de que exista la participación, permite a aquellos que toman esa posibilidad, que siempre es una ínfima minoría, pausar, como se dice hoy día, señalar la pauta del debate social y los temas de interés.

Quisiera recalcar también un segundo concepto que es el de sociedades de la confianza, al cual ha aludido indirectamente el profesor Núñez.

Desde hace unos 20 años, desde el primer libro del año 95 del autor francés Alain Peyrefitte, se hace obligatoria la literatura en sociedades de la confianza, que colocan como epítome la Holanda del Siglo XVI en adelante, una vez que se formó la unión de la República de Holanda con la unión de las siete provincias.

Estos caballeros holandeses creían que tenía sentido cooperar y trabajar por el bien común, porque en el fondo era su propio bien. Y creían que los demás iban a crear algo semejante. Se desarrolla así un círculo virtuoso, que les permitió conquistar tanto terreno del mar como el que les había legado la naturaleza originalmente, establecer un imperio colonial en todo el mundo, una vibrante cultura de la tolerancia y un comercio activo y floreciente.

En todo caso, en América Latina no existen sociedades de la confianza en ese sentido global. Pero hay tres sociedades — dos de las cuales mencionó el profesor Núñez— Chile y Uruguay— en tercer lugar quizás Costa Rica, en un grado dos peldaños más abajo— en las cuales se parte de la base que tiene sentido pagar impuestos y cumplir las leyes. No digo que la gente confíe en sus vecinos en ese concepto de confianza o en sus instituciones, sino que más o menos confían en el sistema institucional y las normas sociales.

Pero en definitiva, como bien señalaba el profesor Núñez, en los países escandinavos como Dinamarca, que aparece como la estrella fulgurante de la probidad en los índices de transparencia internacional, en los países escandinavos, y también Nueva Zelanda, Suiza, Australia, Canadá, en fin, existe una cultura, se puede decir, de la probidad y la responsabilidad. Hay una cultura ciudadana que no se cuaja ni se nutre en un día, sino que es un asunto de muchas generaciones.

Aún así, si usted toma los índices que aparecen en los gráficos en pantalla los más corruptos aparecen ahí y los menos corruptos allá, y lo corrige por la captura del Estado. En Dinamarca, en los países escandinavos, existe la influencia de los poderes fácticos que se aseguran, mediante amistades, mediante las redes académicas, en el mismo colegio, en la misma universidad, que no se tomen decisiones por el Estado que afecten gravemente sus intereses, y ojalá que se los favorezca. También el financiamiento de la política es un problema muy agudo.

En ese sentido, lo que estamos viviendo puede ser signo de tres cosas. Primero, de un cansancio del término de una época, porque alguien decía — y yo estoy de acuerdo— en que ésta no es una época de cambios, sino un cambio de época lo que estamos viviendo, queriendo decir que están cambiando todos los parámetros, y lo único que subsiste son las formas de financiamiento político y de representatividad a través de los partidos. Y la gente se siente cansada de los partidos. En este momento, bajan su moralidad profundamente, y la mayor parte de los jóvenes prefiere entrar a trabajar en Issue Politics, o política en torno a temas como medioambiente, derechos humanos, anticorrupción o derechos universitarios, que en torno a posiciones políticas.

Con esto quisiera también agregar que en Chile el tema entró en la agenda el año 94, cuando bajo la Presidencia de



Eduardo Frei Ruiz-Tagle se formó una comisión que presidió Genaro Arriagada y que era muy transversal, la cual generó un informe muy completo. Yo diría que después de 21 años se ha cumplido quizás el 50% o un poco menos. Pero se ha ido avanzando lentamente, “gradualmente” dirían algunos más actualizados, pero en todo caso lentamente.

Sin embargo, esto fue seguido después con una reforma de la ley de probidad administrativa de la base de la administración del Estado, en que básicamente nuestra sociedad es proba pero opaca, lo que es una extraña combinación. La idea del Arcana Imperii o del secreto de Estado, la razón de Estado, prevalecía muy fuertemente. Y tenemos que tener en cuenta que estaba muy anclada, enraizada en las tradiciones institucionales chilenas.

Desde el año 2009, con el funcionamiento del Consejo para la Transparencia, se ha tendido a cambiar este concepto o esta percepción, y creo que ha sido un gran aporte, porque hoy día cualquier persona pide información a un gerente o a un director de una empresa o de una repartición del Estado, y lo menos que va a hacer es consultar con el abogado o el fiscal para preguntar sobre sus inquietudes.

En suma, estamos en este momento en una situación en que el tema cobra una gran importancia. En nuestro país los principales problemas no son tanto de soborno como de conflicto de intereses y uso de información privilegiada.

Recuerdo estar en el Directorio de Televisión Nacional junto con la señora Lucía Santa Cruz, la puedo nombrar-- no pensamos igual pero desarrollamos una buena amistad-- y ella se había educado en una Universidad británica. Y viajó a Inglaterra donde cenó con uno de sus ex compañeros de curso, que ahora era un empresario conocido. Entonces, me contó que le había dicho William, o James, como quiera que se llamara, cómo te va a en tu empresa, y él le dijo, mi querida Lucía, si te lo dijera estaría cometiendo un delito. Imagínense esa conversación en La Dehesa, lo sacan a patadas por roto de la mesa.

En suma, nuestra cultura las principales falencias son de conflicto de intereses y uso de información privilegiada. Esto se manifiesta fuertemente en el financiamiento de la política naturalmente, porque hay un conflicto de interés muy flagrante en el sentido de que si usted hace una donación importante a un candidato espera que él le conteste el teléfono y no un secretario. Y espera que se lo conteste de buena manera, además.

Pero en suma estamos avanzando en este terreno. Hemos recorrido mucho espacio y creo que lo principal que se ha avanzado es la ley de acceso a la información y el regreso del Consejo para la Transparencia.

También existe una ley de protección del denunciante y una ley de lobby, la cual ofrece todavía bastantes oportunidades de perfeccionamiento.

En todo caso, la presentación del profesor Núñez, que celebro, es muy documentada y desde luego me ilustró bastante sobre distintos aspectos del desarrollo de este problema.

...Aplausos

PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B.: Agradecemos al profesor Zalaquett su participación..

En segundo lugar, tendremos los comentarios de la exposición del profesor Núñez por parte del profesor Emilio Pfeffer Urquiaga.



El profesor Pfeffer es Abogado de nuestra Universidad, tiene una destacada participación en el ámbito de su especialidad, en el Derecho Constitucional. Ha sido Abogado integrante de la Corte de Apelaciones y también de la Corte Suprema de Justicia. Es profesor de Derecho Constitucional de varias universidades, como la Universidad Diego Portales, y autor de diversos libros sobre la especialidad constitucional.

Profesor Pfeffer.

PROFESOR EMILIO PFEFFER U.: Buenas tardes.

Agradezco la invitación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, mi Universidad, y celebro que en esta sede -en donde han tenido origen cambios institucionales de gran relevancia para el país- se haya dado inicio a un ciclo en el que se tratarán diversos temas sobre los contenidos de la Constitución en el marco del anunciado proceso constituyente. De esta manera la Universidad contribuye -en lo que es una de sus misiones- al debate que próximamente se desarrollará en el país encaminado a fortalecer nuestra institucionalidad, con la seguridad de que los aportes que aquí efectúen todos quienes participen en este ciclo tendrán el aval de la excelencia académica que brinda esta Universidad.

El profesor Núñez en su exposición se ha referido a diversos temas que me gustaría destacar. Desde luego observa que la probidad es un principio rector, una base esencial de la institucionalidad, con todas las implicancias que ello trae consigo. Orienta la interpretación del texto constitucional y por cierto del ordenamiento jurídico en general.

Luego destaca la función que cumple dentro del sistema institucional el principio de integridad -como también se lo denomina-, en cuanto debe siempre guiar el desempeño de todos los órganos y obligar a todos los titulares o integrantes de los órganos del Estado a perseguir siempre el interés general, aunque previene que no solo es una exigencia del sector público, sino muy particularmente hoy, en las cada vez más complejas relaciones público-privadas del sector privado. Asimismo que el mayor o menor respeto a la probidad -pública o privada- está íntimamente relacionado con el desarrollo cultural, y que ésta es una problemática que cruza a todos los sectores de la sociedad. Enseguida que no hay mejor antídoto para enfrentar la corrupción que la publicidad de las actuaciones en todo ámbito, materia en la cual se ha avanzado significativamente en los últimos años en el país. También pone de relieve que el pleno respeto de la probidad viene impuesto como una exigencia por la comunidad internacional, que condiciona hoy las relaciones de todo tipo -políticas y comerciales- al cumplimiento de estándares mínimos cada vez más exigentes en esta materia. Luego añade que se trata de un principio de concreción legislativa, y en tal sentido que los órganos colegisladores tienen en esta materia una singular responsabilidad en la que se observan -afirma- vacíos y asimetrías. Por último echa en falta en el debate constitucional en curso propuestas encaminadas a reforzar el compromiso con la probidad y pone énfasis en los vacíos que se evidencian en la concreción efectiva del principio por el legislador, donde advierte carencias normativas, ineficacias institucionales y falta de medidas concretas que puedan ser exigibles y que se encaminen a un cumplimiento más efectivo del principio en examen.

Respecto de esto último, permítaseme formular un matiz diferenciador con el profesor Núñez, porque si bien es cierto que se observan en estas regulaciones vacíos normativos debe reconocerse que el país no está desprovisto de instituciones y reglas que, aunque insuficientes si permiten reprimir -quizás no con toda la eficacia que se requiere- los atentados a la ética pública, a las falta a la probidad. Si se revisa cómo ha ido evolucionando nuestra legislación uno aprecia que en esta materia existen progresos evidentes. Lo que ocurre es que los medios que utilizan hoy quienes incurrir en actos reñidos



con la integridad son tan sofisticados que cualquier legislación puede resultar insuficiente y tardía, y a ello me parece contribuyen, entre otros, dos factores: no existen, por una parte, sanciones que efectivamente persuadan la comisión de ilícitos de esta especie, como por ejemplo la pérdida del cargo en muchos casos y, de otra, los órganos llamados a intervenir en la represión de estas indeseadas conductas, no todos están dotados de la suficiente independencia y legitimidad para actuar con eficacia, y a través de procedimientos sumarios, de suerte que los potenciales infractores están dispuestos a correr el riesgo que supone el quebranto ético frente al beneficio que ello les reporta.

Volviendo al punto de cómo ha evolucionado nuestra legislación, conviene recordar que en el Siglo XIX, Portales insistía que los hombres debían ser verdaderos modelos de virtud y patriotismo, y que a los ciudadanos se los debía orientar por el camino del orden y de las virtudes. Esto demuestra que la ética y la actuación proba son valores y exigencias que están presentes desde los albores de nuestra vida republicana, aunque en esa época no se haya estimado necesario materializarlo como una exigencia normativa expresa.

Llama la atención que el antecedente legislativo más directo sobre la probidad administrativa solo lo encontremos en 1939, cuando el Presidente Pedro Aguirre Cerda envió un proyecto de ley sobre probidad administrativa que ordenaba a quienes fuesen a asumir “funciones públicas” presentar una declaración jurada que enunciara “todos los bienes constitutivos de su patrimonio en la Oficina de Impuestos Internos correspondiente a su domicilio”. Nótese que sólo en el Siglo XXI se formalizó este deber legal, el año 2006.

Recién a partir de 1960 el legislador empieza a ocuparse de precisar con mayor cuidado las exigencias de la probidad administrativa. Así en el antiguo Estatuto Administrativo encontramos algunas prescripciones orientadoras del buen comportamiento exigido en el desempeño del cargo. De hecho existía un título que establecía las “Obligaciones y Prohibiciones de los Funcionarios Públicos”.

En consonancia con las directrices legales la jurisprudencia administrativa –de la CGR-, desde principios de la década de los 60, reconoció también la universalidad de este principio, al dictaminar que alcanza a todos los empleados públicos, genéricamente considerados, cualquiera sea el régimen jurídico a que estén sometidos.

Esa misma jurisprudencia fue contribuyendo también a delimitar el concepto de probidad. Por ejemplo al fijar los criterios que permiten compatibilizar el ejercicio del cargo con actividades particulares; como se debe gestionar el patrimonio particular del funcionario para no afectar la independencia de sus funciones, su imparcialidad, entre otros.

En 1986 la LOCBGAE también nos da una definición del principio en examen que luego la Ley de Probidad Administrativa de 1999 se encarga de ampliar en su contenido, para resaltar la ética social de la Administración del Estado, haciendo que la recta y correcta gestión pública se extienda desde el cumplimiento de exigencias personales hacia la satisfacción de finalidades de bien común, en forma coherente con la filosofía y mandatos constitucionales.

En armonía con la LOCBGAE el nuevo Estatuto Administrativo (1989) perfeccionó las disposiciones relativas a los deberes y prohibiciones funcionarios a que antes aludimos. Así establece explícitamente la obligación de observar “estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado”.

Pero el retorno a la democracia marca un punto de inflexión en esta materia y nuestro ordenamiento jurídico se enriquece



con una serie de normas orientadas a establecer un marco de actuación acorde con una ética pública. Pero ello no es fruto de una planificación racional del legislador, pues como suele ocurrir en ésta y en otras materias, son los problemas de la coyuntura los que llevan a reaccionar al órgano encargado de establecer las regulaciones para enfrentar los problemas o crisis que periódicamente surgen en la sociedad.

Ejemplo de ello es la creación de la Comisión Nacional de Ética Pública en 1994 por el Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, ante la exigencia que se reclama de una mayor transparencia que prevenga actos de corrupción en la estrecha relación que se da entre el sector público y el sector privado frente a los conflictos de interés que en esos ámbitos se habían presentado. Recordemos que esa Comisión propuso 41 recomendaciones en su “Informe sobre la Probidad y la Prevención de la Corrupción”, lo que trajo como resultado que se formularan una serie de propuestas legislativas, algunas aprobadas, y se ratificara la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención OCDE para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Internacionales, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Se reaccionó así, como se dijo, a problemas que habían surgido y que para enfrentarlos se estimó conveniente legislar en torno a ellos dictándose una legislación claramente reactiva. La historia, como vemos, se repite hoy.

Nadie puede entonces controvertir que a fines de la década de los 90 no teníamos ya una frondosa legislación en nuestro país y que se habían ratificado las Convenciones Internacionales antes citadas producto de la desconfianza que había surgido en la gestión de los recursos, bienes y activos públicos con ocasión de ciertos episodios; que ciertas prácticas de corrupción en el sistema económico se habían manifestado e incrementado, como por ejemplo atentados a la libre competencia, transacciones de valores ficticios, uso de información privilegiada, entre otras, lo que llevó también a perfeccionar la LSA y la LMV, y a regular los conflictos de intereses estableciendo inhabilidades e incompatibilidades para el ejercicio de la función pública, la obligación para altos directivos y autoridades administrativas de presentar una declaración de intereses, a tipificar las conductas que especialmente contravienen la probidad administrativa, a incrementar las sanciones, a perfeccionar la regulación de los aspectos penales relativos a los delitos de corrupción, entre otras medidas.

Pero como la constante se repite, surgen nuevos episodios que obligan a incrementar las regulaciones y el legislador se aboca a su tarea reaccionado cada vez que se enfrenta a una nueva crisis, la que se repite en ciclos cada vez más breves en tiempo, lo que evidencia que la legislación preexistente no resultaba plenamente eficaz para evitar la corrupción o que se habían dejado espacios sin cubrir.

Ocurre con el Presidente Lagos que golpeado por el caso MOP-GATE se vio obligado a formular diversas propuestas encaminadas a fortalecer la probidad, aprobándose en su Gobierno importantes leyes: la Ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos, la Ley de bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios; la Ley que Regula una Nueva Política de Personal a los Funcionarios Públicos; y la Ley que crea la Unidad de Análisis Financiero.

Pero se sigue evolucionado en estas materias, y los Senadores Gazmuri y Larraín patrocinan una moción para reconocer el derecho de acceso a la información pública, que sirvió de antecedente a la reforma constitucional que dio origen al nuevo Artículo 8° que constitucionaliza el principio de probidad en la función pública y obliga a todos los órganos del



Estado a la publicidad de sus actos, lo que se extiende a los fundamentos y los procedimientos que aquéllos utilicen, estableciéndose en el propio texto constitucional las causales de secreto o reserva.

La constitucionalización de los principios de probidad y publicidad se estimó que representaría una potente señal que guiaría la actuación de los órganos del Estado ya que por su ubicación entre las bases de la institucionalidad se obligaría al legislador a dictar las normas que previnieran actos de corrupción, a que se aprobara una legislación sistemática, coherente y suficientemente robusta que se anticipara –y que no fuera simplemente reactiva– para enfrentar el fenómeno de la corrupción. Sin embargo el legislador siguió aplicando la misma receta, el camino de la modificación parcial de cuerpos legales, y fue así como modifica la Ley N° 20.000 –de tráfico de estupefacientes– para incorporar una inhabilidad que afecta a los directivos superiores de los organismos de la Administración del Estado, la Ley N° 20.088 que modifica nuevamente la LOCBGAE para introducir la obligatoriedad de la declaración patrimonial respecto de ciertas autoridades, y otra ley que protege al funcionario que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidad.

Un hito importante aconteció en 2007 con la Ley sobre Acceso a la Información Pública, que podemos decir trae un paulatino cambio de cultura en la organización administrativa para transitar del secretismo a la transparencia, para lo cual se crea una nueva institucionalidad –el CPLT– y se reconocen acciones administrativas y jurisdiccionales –amparo de acceso a la información pública- para garantizar la transparencia.

La relación entre los negocios y la política que se estima necesario regular motiva en el año 2010 una nueva reforma constitucional la que culmina con la incorporación de dos nuevos párrafos en el Artículo 8° para imponer una obligación constitucional para las máximas autoridades de la República (Presidente, Ministros, Diputados, Senadores y otras autoridades y funcionarios que la ley determine) de declarar sus intereses y patrimonio en forma pública; y se faculta al legislador para que regule los casos en que esas autoridades deberán delegar en terceros la administración de los bienes u obligaciones que supongan conflicto de interés con el ejercicio de la función pública que deben cumplir.

También debemos añadir la ley que establece normas sobre transparencia, límite y control del gasto electoral y más recientemente la Ley que Regula el Lobby y las Gestiones que Representen Intereses Particulares ante las Autoridades y Funcionarios, cuyo reglamento se promulgó hace unos meses.

El orden jurídico –constitucional y legal–, como se ha visto, contempla diversas regulaciones para asegurar el correcto ejercicio de la función pública, y establece una amplia y cada vez más sofisticada gama de mecanismos preventivos y controles represivos, inhabilidades e incompatibilidades para quienes ejercen cargos públicos o privados, obligaciones y prohibiciones, nuevas tipificaciones penales e infraccionales, todo ello para cautelar la probidad, pero a pesar de todo este conjunto de normas, de este enjambre legislativo –porque cada vez estas reglas son más complejas y numerosas– surgen nuevos episodios –más graves y extendidos– que erosionan ese bien jurídico. Y lo que es sintomático, se vuelve a reaccionar con la instalación Comisiones a las que se le encarga actualizar el diagnóstico de este fenómeno y de formular propuestas –medidas legislativas y administrativas–, todas ellas inspiradas en el propósito de actualizar, reforzar y perfeccionar la legislación vigente mediante la tipificación de nuevos ilícitos, el incremento de las sanciones, la asignación de más atribuciones a órganos existentes, la creación de otros, en suma las mismas recetas ya aplicadas.

Ejemplo de lo que he venido señalando es la denominada Comisión Engel que en su informe hace 260 propuestas para mejorar la transparencia y la probidad en la política. Junto a ello existen cinco iniciativas que están en trámite



parlamentario y otras que se han anunciado por las autoridades, es decir, una multiplicidad de proyectos de ley. El problema es que no siempre se aprecia una adecuada coordinación entre esas propuestas ni tampoco se las evalúa de un modo sistemático, con una visión de contexto inserta en una política nacional contra la corrupción. Además muchas de esas iniciativas se abandonan y ceden ante otras urgencias legislativas por lo que el resultado final es el de una legislación parcial cuya eficacia o ineficacia solo se pondrá a prueba frente a nuevos fenómenos de corrupción.

Como el profesor Zalaquett lo puso de relieve, la probidad es un valor cultural que se debe inculcar, promover, enseñar, un esfuerzo social permanente, que tarda generaciones en permear a la sociedad en países como el nuestro, y en el que hay que invertir grandes esfuerzos; que no se soluciona solo con leyes y medidas administrativas, juicio que comparto plenamente, a lo que agregaría que si bien las medidas y propuestas legislativas que se han conocido recientemente son necesarias y muchas de ellas convenientes, se debe transitar, a mi juicio, en la elaboración de códigos de ética, de códigos de buenas prácticas, pero que puedan ser exigibles ante órganos jurisdiccionales independientes, porque mientras no exista conciencia entre los potenciales infractores que el costo a las faltas de probidad –y no me refiero a la comisión de ilícitos– es mayor al beneficio que se puede obtener del quebrando de la ética pública, fenómenos indeseados como el que se examina seguirán produciéndose aun cuando sigan dictándose nuevos cuerpos legales, porque la reacción del Derecho es siempre posterior.

La existencia de un Tribunal de Ética Pública, del que no se habla, con imperio, que conozca de este tipo de vulneraciones, con facultades incluso para sancionar con la pérdida del cargo público --sea o no de elección popular-- es a mi juicio una medida necesaria para reprimir infracciones no tipificadas por el orden legal o administrativo, concretamente aquellas que no se encuentren entregadas ya a la competencia de otras instancias jurisdiccionales. Solo si los potenciales infractores perciben que podrán ser denunciados ante un órgano que podría sancionarlos por infracciones a la ética, en suma a la probidad, a través de un procedimiento sumario --en el que sin duda deberá garantizarse el debido proceso-- se podrá obtener que se impongan sanciones más allá de las que puedan derivarse de la infracción de determinados ilícitos tipificados o que pueda tipificar el orden legal o reglamentario.

La excusa, por ejemplo, de quienes se sindicaba como participes en el financiamiento ilegal de la política quedaría sin sustento base frente a la sanción o reproche ético del que se los estima responsables. Por una parte está la eventual sanción que puede imponerse a quienes infrinjan o incurran en un ilícito tipificado, y otra cosa muy distinta es la censura formal –acompañada de una sanción de esa índole– que pueda establecerse cuando falten a la ética. De allí que postulo que el gran cambio para incrementar el respeto por la ética pública–y con ello mejorar los estándares de probidad– es mediante la creación de instancias o tribunales encargados de su juzgamiento.

Por ello me parece que transitan por la senda correcta los Presidentes de la Cámara de Diputados y del Senado cuando anuncian una modificación a la Ley Orgánica del Congreso para crear una institucionalidad interna encaminada a crear una Dirección de Ética Pública, claro está, siempre que desde el punto de vista orgánico se diseñe con atribuciones e independencia suficiente.

Fíjense que tan deteriorado está el respeto por la ética en nuestro país que ni siquiera existen tribunales de ética en los colegios profesionales que puedan juzgar a quienes ejercen la respectiva profesión, pues basta que no estén afiliados para sustraerse o eludir su jurisdicción. Esto demuestra, como lo observaba el profesor Núñez al inicio de su exposición, que



nuestra legislación tiene vacíos y asimetrías que abren espacio a la erosión del bien probidad, valor jurídico que solo resultará fortalecido si a su turno incrementamos la defensa de la ética –social e individual–, y una vía para ello es el juzgamiento eficaz de las infracciones a ética, lo que supone tener un código de ética y de buenas prácticas, pero sobre todo una instancia jurisdiccional robusta al efecto. De otro modo podremos seguir llenarnos de normas, de nuevas tipificaciones –con su correlativa pena o sanción–, de nuevas y más instituciones que se creen, pero siempre ello será insuficiente, por lo que el esfuerzo debe focalizarse adecuadamente en los términos que lo he señalado.

...Aplausos

PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B.: Muchas gracias. Agradecemos al profesor Emilio Pfeffer por su exposición.

Dejamos con la palabra al profesor Luis Cordero Vega, profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho. Investigador sénior del Centro de Regulación y Competencia de nuestra Facultad. Doctor en Derecho de la Universidad de Lleida. Magíster en Políticas Públicas de la Universidad de Chile.

Su área de investigación ha sido esencialmente en materia de procedimiento administrativo. Ha trabajado como coordinador de las reformas en materia ambiental, tanto en el órgano administrativo como posteriormente en el Congreso. También ha sido miembro de la Comisión de Reforma, Supervisión Financiera del Ministerio de Hacienda, y Presidente del grupo de expertos para la reforma institucional del mercado de valores, que recientemente propuso modificaciones al proyecto de ley de valores.

PROFESOR LUIS CORDERO V.: Muchas gracias. Muy buenas noches.

Muchas gracias a mi Directora por la invitación, al profesor Enrique Navarro, al señor Decano, y a ustedes por la paciencia de estar a esta hora hablando probablemente de un tema importante pero de los menos sexys, probablemente de la discusión constitucional.

Para mí es muy sexy porque es un tema propio del Derecho Administrativo, y ésta es una de las pocas oportunidades donde los administrativistas podemos discutir bien.

Voy a hacer algunas observaciones a la intervención del profesor Manuel Núñez. En algunas voy a tener diferencias con él; con el profesor Emilio Pfeffer tengo abiertas diferencias en algunas cosas, particularmente respecto de su última conclusión, y voy a tratar de justificar por qué, en el contexto en el cual se funda este seminario.

Lo primero es que si la Constitución sirve como texto. Si uno tuviera que tratar de encontrarle una lógica desde la perspectiva por lo menos de la disciplina que yo trabajo, es un texto que permite articular acciones colectivas. Lo relevante desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas o de la importancia pública, no es tanto la mnemotécnica de su redacción, sino particularmente cómo los operadores del Derecho entienden sus reglas.

Y eso importa porque aunque muchos no lo crean, el reconocimiento constitucional el año 2005 del Principio de Probidad Administrativa, es el reconocimiento de una práctica de cerca de 70 años en el Derecho Administrativo. Particularmente, de una institución que se llama Contraloría General de la República. Esto tiene que ver con algo que



sí el profesor Pfeffer dijo, y que yo comparto, que tiene que ver con los procesos cíclicos que se han vivido en el sector público chileno.

Sólo quiero recordar que la Constitución del 25 es una Constitución que se dictó entre otras cosas en el ámbito de los temas de Derecho Administrativo, con un propósito muy concreto: disciplinar a la Administración Pública. Una manera en que la Constitución del 25 buscó ese modo disciplinar tenía que ver con el concepto de Estatuto Administrativo, que sé que a muchos de los que están acá les puede traer malos recuerdos.

Pero la idea de estatuto, la idea de obligaciones de los funcionarios públicos, la idea de prohibición, la idea de incompatibilidades, son las que fundaron el Principio de la Probidad Administrativa, curiosamente en la jurisprudencia administrativa.

El Principio de la Probidad Administrativa no es un reconocimiento legal en el Derecho Administrativo, en el Derecho Público chileno. Es un reconocimiento estrictamente jurisprudencial. Nació en la década de los 30, en la década de los 40, y se llevó efectivamente a nivel legislativo en la década de los 60. Esto es bien importante porque, quiero colocar un ejemplo.

La Contraloría en la década de los 40, consideraba una infracción a la probidad y por lo tanto un imperativo basado en los deberes morales de los funcionarios públicos, ciertas actuaciones, porque a partir de eso la jurisprudencia de la Contraloría consagra el Principio de Probidad, cuando tuvo que resolver la consulta de una asociación de funcionarios, en ese tiempo el Servicio de Impuestos Internos, para poder financiar un boletín. El ejemplo puede ser infantil, pero puede ser efectivo. De hecho es uno de los dictámenes más importantes de esta primera parte de la consagración del Principio de Probidad.

Entonces, lo que la asociación de funcionarios preguntaba era si podían financiar su boletín funcionario con avisos económicos en ese boletín. La Contraloría le dijo sí, pero no los contribuyentes. Es decir, usted podía cobrar por tener avisos económicos en su boletín, pero usted no puede, en definitiva, pedir o aceptar pagos a los contribuyentes del Servicio de Impuestos Internos. En resumen, dejó sin posibilidad de que nadie pudiera financiar finalmente el boletín.

¿Eso por qué es tan relevante? Claro, hoy día no son avisos económicos, son boletas, pero el efecto que eso tiene es que lo que quiero plantear en términos sencillos, es que la jurisprudencia de la Contraloría construyó esto a partir de ciertos deberes morales, y esto tiene que ver con algo que el profesor Zalaquett dijo al pasar. Lo que uno no tiene que olvidar es que la relación del Principio de Probidad está íntimamente vinculada con los dilemas contemporáneos de corrupción. Y la explicación que hace el profesor Zalaquett, es la que uno podría decir es la explicación fundacional del Principio de Probidad. Es decir, la idea de que los funcionarios públicos deben ser leales con el interés general y no pueden subordinar ese interés general a sus posiciones de carácter individual. Alguien podría decir que esa es una explicación más bien republicana del sentido de la probidad administrativa.

Eso es bien relevante, y quiero hacer los matices de cara al debate que implica el concepto de probidad en la Constitución, porque uno podría decir que es irrelevante hablar de probidad en la Constitución, porque la incorporación de la regla del año 2005 lo que hizo es incorporar una práctica administrativa. Entonces, el hecho que diga que los funcionarios públicos deberán cumplir estrictamente el Principio de Probidad Administrativa, cualquier profesor de Derecho Administrativo, diría, sí, pero eso lo sabemos hace 70 años.



Ahora, qué importancia tiene que esté en la Constitución. Una es esta idea que revela el profesor Zalaquett, de decir mira, lo que pasa es que cuando uno habla de probidad administrativa, cuando uno normativamente dice, mire, el funcionario en el desempeño de su cargo debe velar por el interés general por sobre el particular, lo que supone la regla de probidad en ese primer sentido, más republicano si uno quisiera denominarlo así, es una cierta restricción a los abusos del poder. Es una dimensión del abuso del poder o del control del abuso del poder en el ejercicio de las actividades de los funcionarios públicos, tiene que ver con el Principio de Probidad.

Y esto me interesa y eso es una discrepancia que tengo con el profesor Emilio Pfeffer cuando coloca demasiado énfasis en las cuestiones de la ética, porque lo que de hecho sucedió en el debate de probidad administrativa en Chile es que la regla original siempre se basó en deberes morales. Y cuando se cambia normativamente el año 99, el Congreso discutió muchísimo si debía mantener la idea de deber moral, y no sobre lealtad institucional o sobre la regla. De hecho, el Congreso decidió apartar la regla del deber moral precisamente para no producir este tipo de confusiones.

Entonces, esa primera aproximación a la probidad tiene que ver esencialmente con esta idea de no contaminar lo público con el interés privado. Por eso, si ustedes miran tradicionalmente la estructura de las regulaciones de probidad, las estructuras de las regulaciones de probidad están pensadas, esencialmente, en el comportamiento del funcionario público de cara a los ciudadanos.

En ese sentido, el profesor Manuel Núñez tiene razón cuando dice, mire, hay una serie de asimetrías. Mi respuesta hacia él cuando compara la asimetría entre la administración y el Congreso, entre la administración y el Poder Judicial, es que esa asimetría es consecuencia de que toda la regulación de probidad históricamente siempre la pensamos para la administración, nunca la pensamos para el resto de los poderes públicos. Entonces, el punto de partida es un punto muy asimétrico por definición.

La pregunta que uno debiera hacerse ahora es cómo aprovechar la cláusula constitucional para avanzar en esas otras dimensiones. Si las facultades que se entregan a los funcionarios son para crear bienes públicos, entonces lo que uno no puede permitir es que los funcionarios públicos ejerzan sus atribuciones para obtener ganancias privadas.

Entonces, uno debiera decir sí, esa primera idea de probidad es la que hemos tenido durante los últimos 70 años y a la cual hemos puesto instrumentos, declaración de patrimonio, declaración de intereses. Hemos administrativizado muchísimo los delitos funcionarios, contrariamente a lo que la gente cree, cometer un delito funcionario para un funcionario público no es muy complejo. Las modificaciones que hicimos durante la década de los 90 lo hicieron así.

Es cierto que las convenciones contra la corrupción en la década de los 90 se dictaron, pero quiero recordar las razones por las cuales se dictaron, y las razones por las cuales se dictaron fueron los efectos que produjeron los procesos de privatización y desregulación, precisamente en esta relación de lo público y lo privado, donde la actividad de interés general, en manos del Estado, ahora pasaba a estar en manos de los privados. Entonces, la sobre posición de qué era lo público y qué era lo privado era extremadamente complejo.

¿Por qué digo eso? Bueno, porque pareciera que hay una segunda manera de entender la probidad si uno quiere resguardar los debates de corrupción. Es decir, creo que una manera en que constitucionalmente del punto de vista interpretativo uno puede avanzar, es en una segunda dimensión, y es decir, mire, cuando los funcionarios violan las reglas de probidad,



lo que violan también es una regla de igualdad. O sea, la idea central es particularmente esta idea de igualdad política. No sólo tiene que ver con el concepto de igualdad ante la ley, sino que también la idea de igualdad en la participación política. Eso también es un problema de probidad.

En otros términos, lo que produce el hecho de la infracción a la probidad, que son en el fondo prácticas de corrupción de los funcionarios públicos que generan doble exclusión. La exclusión y la doble exclusión que genera a consecuencia del principio de igualdad.

Entender la probidad en dimensión de igualdad creo que es importante. ¿Por qué? Porque de eso por lo menos puedo deducir que el permitir el desarrollo de procedimientos administrativos, procedimientos democráticos que eviten la captura de parte de grupos de interés, en el fondo es una manera de resguardar el Principio de Probidad.

Y creo que hay algo que puede justificar razonablemente bien el hecho de por qué tenemos que regular el financiamiento de campañas y por qué las empresas, por ejemplo, no pueden financiar campañas. Y no pueden financiar campañas porque lo que en mi opinión yo estaría diciendo, con el argumento que quiero desarrollar a partir de un concepto de probidad constitucional en base a igualdad, es que entonces la relación se hace completamente asimétrica, y por lo tanto quien contribuye tiene una desproporcionada influencia en la gestión pública.

Creo que hay una tercera dimensión también, que es algo que yo creo que desde la perspectiva de probidad a veces olvidamos, y es que los malos diseños institucionales --y esto es bien relevante, porque no tiene que ver con necesariamente prácticas corruptas-- los malos diseños institucionales lo que en ocasiones generan es que institucionalmente el Estado o las agencias gubernamentales, pasen a depender de determinado tipo de grupos, en el fondo. Y eso es una dependencia de corrupción, que es algo de un trabajo que hice en un momento determinado.

En otros términos, ahí la inversión es distinta. En otros términos, si yo me equivoco en un diseño institucional, lo que pasa a tener una incidencia en un comportamiento contra la probidad, es más bien la estructura institucional que presiona a determinado tipo de funcionarios públicos a vincularse de un determinado modo con un sector. Lo que la gente que trabaja en regulación diría es la captura.

Es decir, en términos simples, si yo tengo un diseño institucional donde el regulador tiene más empatía en la rentabilidad de la industria regulada, y no en el interés general que tiene que resguardar, entonces tengo un problema de probidad serio. El problema es que en ese tercer caso lo que hay es que el diseño institucional promovió una dependencia corrupta o una dependencia que genera incentivos para los temas de probidad. Y creo que ahí es donde cabe el debate actual del Congreso, creo yo.

O sea, el Congreso puede tener infracciones permanentes a la probidad cuando sus decisiones generan lealtades con actores de la política que están apartados de la discusión de la deliberación pública. En otros términos, las lealtades en esa discusión están más con los aportantes o con los lobistas, que con el interés público.

Pienso que ahí es donde el contexto del debate constitucional de probidad podría lograr una dimensión distinta. Nosotros tenemos en exceso estresada la administración pública con el Principio de Probidad.

Si ustedes me preguntaran si hay mucho más que crecer en el Principio de Probidad en la Administración Pública, uno



debiera decir que bastante poco, la verdad. Tenemos un sistema de declaraciones de patrimonio de intereses que más menos resistido es el que ha estado funcionando. El Tribunal de Ética Administrativa se llama Contraloría General de la República, y por lo tanto tiene un poder de disciplinamiento sobre la administración que no tiene ningún otro organismo público. De hecho, sin declaración constitucional del Principio de Probidad, el Principio de Probidad sería igualmente intenso en la administración.

Sin embargo, una interpretación constitucional más abierta del Principio de Probidad — es decir, en estas dos categorías adicionales además a la republicana, a la cual he hecho mención— quizá permite justificar ahí, porque entonces el Congreso debiera tratar de corregir la asimetría que actualmente tiene, o por qué la argumentación en torno al debate de financiamiento de campañas por parte de empresas, no sea una cuestión estrictamente de la política, sino que también del resguardo del Principio de Probidad.

¿Por qué eso es tan relevante? Por algo que es muy importante. Porque desde el punto de vista del diseño institucional, ni el Poder Judicial ni el Congreso Nacional tienen una autoridad que permanentemente diga al Derecho Público que discipline, que es el caso de la Contraloría.

Entonces, la tensión que hoy en día nosotros tenemos es un dilema muy difícil de abordar, y sería el siguiente. Bueno, si es así, qué razones constitucionales existirían para que el Congreso, respecto de su gestión administrativa, o el Poder Judicial respecto de su gestión administrativa, no se sometan a los mismos estándares que los funcionarios públicos de la administración. ¿Y por qué no el perro guardián de la probidad administrativa debiera llamarse Contraloría? Y entonces ahí dicen ¡no, no, es que hay autonomías constitucionales! Sí, pero pareciera que el principio constitucional de probidad permitiría ampliar categorías de esas características.

Yo sobre ese punto tengo algunas dudas de diseño institucional, pero lo que sí quiero decir es que uno, en la perspectiva del debate constitucional, debiera abrir un poco más las categorías de probidad no sólo a esta idea republicana de interés general, sino que también a esta idea de infracciones a la igualdad y esta idea de dependencias corruptas en los diseños institucionales.

Esos son mis comentarios.

...Aplausos

PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B.: Agradezco la participación de todos los panelistas.

Abrimos un periodo de reflexiones y preguntas.

Pregunta 1

Quería unir la última ponencia del profesor Cordero con la del profesor Núñez, y comentarle a ambos, sobre todo al profesor Núñez, que su exposición estuvo muy centrada y el objeto de referencia parecía ser la administración, con el objeto de referencia del Principio de Probidad.

Sin embargo, quisiera saber cuándo se puede extender la probidad a nivel constitucional hacia los ciudadanos, o sea los



privados. Y en el sentido que señalaba el señor Cordero y que trató el profesor Zalaquett, de la captura del Estado.

Ese es un problema crucial hoy en día. Por ejemplo, a mí me sorprendió mucho leer a Habermas, que en el año 73 ya en su libro de problemas de legitimación del capitalismo tardío, hablaba de la defensa de la Superintendencia, organismos autónomos, que fuera de la representación popular, adquieren cada vez más poderes normativos, y poderes normativos que están muy susceptibles de la captura de los regulados.

En ese sentido, cómo se puede defender un principio de probidad y pasar de esta tensión que tiene la Administración Pública, a uno más laxo que también abarque en cierto sentido a los privados, y cómo se hace eso y con qué límites puede hacerse.

Pregunta 2

Me parece que el Principio de Probidad está sujeto al Derecho Penal exclusivamente.

Hoy día un señor político, un parlamentario no debería seguir replanteando su gestión administrativa o parlamentaria, a la espera la condena que llegue. En verdad, no podrá seguir ejerciendo como parlamentario o en otro cargo. Creo que se han bajado demasiado los estándares desde el punto de vista de la probidad. No hay que ser delincuente para ser sacado un periodo de la Administración Pública. O sea, debiera haber estándares más exigentes.

Comparto con el profesor Cordero que ya están como agotadas las instancias nuevas que puedan implementarse, pero le preguntaría al profesor respecto del Parlamento ¿qué se puede hacer? Tenemos Senadores que duran ocho años en su cargo, los Diputados cuatro. Es decir, un Senador al año dos se manda un tremendo “condorazo” y tiene que esperar a que la ciudadanía lo evalúe y no se puede hacer nada en el intertanto. Existen en otros países revocación del mandato soberano.

Por lo tanto, qué hay de nuevo para efectos de la probidad en esta materia, no solamente pensando en el Derecho Penal que ya está, ya lo tenemos, pero evidentemente hay que agregar más.

Pregunta 3

Más bien un comentario, y quizá no sé si podrían ahondar el profesor Cordero y el profesor Núñez, con respecto a esta asimetría que hay entre los poderes en cuanto a la probidad, Poder Legislativo, la Administración Pública y el Poder Judicial.

Pero en lo que se refiere al Poder Judicial, me inclino a estar de acuerdo con el profesor Cordero en que sería un problema de diseño, porque me da la impresión que se ha olvidado aquí el Código Orgánico de Tribunales.

El Código Orgánico de Tribunales, desde el punto de vista de prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades de los jueces y los funcionarios, es antiquísimo y es Ley Orgánica Constitucional.

Por tanto, parece que es un problema de diseño, porque obviamente todas esas responsabilidades de ese órgano disciplinario administrativo en términos del Poder Judicial, la resuelve en forma interna. Entonces, desde ese punto de vista parece atractivo para una mayor eficiencia a lo mejor contar con una Contraloría General de la República como un organismo que viera esos aspectos disciplinarios. Pero me da la impresión de que se olvida esa normativa.



Pregunta 4

La pregunta está relacionada con las causas de la probidad ¿En qué sentido puede ser importante observar las causas de la probidad en este proceso constituyente?

Hay una cuestión cultural involucrada también, que fue mencionada en un par de exposiciones, en el sentido de que la falta de probidad es algo que trasciende a la sociedad.

Por ejemplo, el ciudadano que está indignado con los políticos “corruptos”, pero al mismo tiempo no paga el Transantiago o tiene ciertas actividades que pueden considerarse faltas de probidad.

Por otro lado, uno podría pensar las élites del mundo privado o la clase política, también cometen corrupción pero ¿también hay causas culturales involucradas? ¿O también tenemos que reconocer que por parte de ellos existe una atracción desmesurada por satisfacer sus intereses particulares que, por parte de la ciudadanía, se puede mencionar, desde otro enfoque pero también pensando en lo mismo, como una desigualdad?

Por una parte tenemos a la clase política y a la élite, muy interesados o atraídos por intereses particulares, y por otro lado tenemos la recepción ciudadana de las desigualdades, entonces, en este sentido y en el proceso constituyente ¿cómo podemos observar esas causas que generan los problemas de la probidad para incorporarlas en la Constitución? En ese sentido, ¿cómo podemos fortalecer el interés general, el interés público, en la Constitución, y de esa forma afectar o influir también en los temas de probidad?

Pregunta 5

El Congreso tiene algunas fallas de probidad en cuanto a las denuncias en el 2009 sobre las asignaciones. Se hizo una reforma constitucional para tratar de mejorarlas, pero me parece que con esto no se avanzó mucho. Entonces, da la impresión, por ejemplo, que la asignación parlamentaria fuera como parte del sueldo de los parlamentarios, ellos la administran, ellos ven cómo la usan, etcétera. Entonces, ahí hay un espacio que me parece que no es congruente con el interés general, como se ha dicho.

Otro tema que quisiera preguntar es si el hecho de las posibles inhabilidades parlamentarias para los proyectos de leyes, eso entraría dentro de este tópico de probidad y cómo se podría reglamentar mejor.

PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B.: Profesor Núñez, tuvo algunas alusiones.

PROFESOR MANUEL NÚÑEZ P.: No creo que pueda responderlas todas. De las que alcancé a anotar, voy a partir por el final.

En cuanto al uso de asignaciones parlamentarias e inhabilidad, ciertamente hoy día no hay una sanción que no sea la que puedan adoptar los Comités de Ética y Transparencia, cuando se vulnera la prohibición que está en los reglamentos para votar respecto de asuntos en los cuales el parlamentario tenga un interés particular, entendiendo por interés particular el propio y el de los familiares que están definidos ahí en el Reglamento del Senado y de la Cámara.

La inhabición reglamentaria solamente es respecto del voto. El parlamentario no queda inhabido —lo dice el propio Reglamento por lo menos del Senado— no queda inhabido para opinar, sólo para votar. No hay una sanción. De la lista de



causales de cesación en el cargo, no hay una causal específica para aquellos casos en que se demuestre que votó teniendo un conflicto de interés o derechamente una causal específica, más allá de los delitos que se puedan cometer, como el delito de cohecho que pueda cometer el parlamentario. Por eso una posibilidad para mejorar es revisar el estatuto de las causales de cesación en el cargo de los parlamentarios, que las aplica un tercero, que es el Tribunal Constitucional. Salimos del campo de las Comisiones de cada Cámara como son las de Ética y Transparencia o de los servicios comunes, como es el tema de las comisiones en lo que es las asignaciones parlamentarias.

No soy penalista. Respecto de las asignaciones, entendiendo que se trata de fines públicos que están adscritos a un fin, posiblemente también se puedan generar los delitos de malversación de fondos públicos, incluso para los asesores que no tengan técnicamente la calidad de parlamentarios ni de funcionarios de planta o contrata del Congreso.

Con eso también puedo responder parte de la pregunta respecto del Poder Judicial. Posiblemente un área en que nadie exige y en general en Derecho Comparado, sacar el control autónomo del comportamiento judicial, quitárselo a los jueces.

El problema no está allí, en el control de lo que se conoce como ética judicial, sino en el control respecto de los bienes públicos que están adscritos a la función judicial y al cumplimiento de funciones administrativas que estaban delegadas, como saben ustedes, en la Corporación Administrativa del Poder Judicial. Allí posiblemente haya mucho que remediar en materia no sólo de transparencia, sino también de probidad, y eventualmente también en lo que es la posible desviación del fin público para el cual la Corporación recibe fondos. Hay modos muy sutiles. No quiere decir necesariamente que sean corrupción, pero sí son formas de desviación de los fondos, cuando la Corte Suprema dicta un auto acordado, creando, por ejemplo, reglamentariamente una figura que debiese ser creada legislativamente, que es la de administrador de los tribunales. Ustedes saben que los Tribunales de Familia, los Tribunales Penales, tienen administradores. Las Cortes de Apelaciones no tienen administradores. ¿Cuál es la solución que encontró la Corte? Aplicando sus poderes de auto normación, que han sido reforzados en la doctrina del Tribunal Constitucional, la Corte dicta un auto acordado, creando la figura del Administrador Judicial. Ellos pueden sacar --entiendo que son financiados por la Corporación Administrativa en comisión de servicio-- administradores de otras jurisdicciones, de familia, penal, en fin.

Esa es una manera muy sutil de salir por el lado, de aplicar recursos y funcionarios que están adscritos a la ley a otros servicios para una función que no está admitida. Y es necesaria rendición de cuentas respecto a una función para la cual no puede ni debe predicarse la independencia judicial, que es el mismo problema que se presentó este año o el año pasado, cuando la Cámara aprobó el informe de la Comisión Investigadora sobre el caso SENAME, en alguna medida tocando funciones administrativas auto asumidas por el Poder Judicial.

Recuerden ustedes la fuertísima declaración del Pleno de la Corte Suprema, que no tenía precedentes. Creo que desde agosto del año 73 no había una declaración tan fuerte del Poder Judicial en contra de otro órgano del Estado. Entonces allí, posiblemente, haya algo que hacer.

Lo tercero. Respecto de la extensión del control de la integridad al mundo privado, que lo preguntaba usted. Bueno, la respuesta es sí. De hecho todas las modificaciones a los gobiernos corporativos, es la traslación de los estándares de integridad al sector privado.



En términos más generales, los deberes que están en desarrollo, uno podría decir en el *statu nascendi* en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en cuanto a deberes de dirigencia de las empresas privadas, para prevenir, para también remediar afectaciones a ciertos derechos entre los cuales pueden estar afectaciones por actos de corrupción, están ya recogidas, están en proceso. Están recogidas desde luego en los convenios internacionales sobre corrupción y en proceso de reconocimiento ya más general en el área de los derechos humanos.

Por lo tanto, creo que esa es una materia que goza de suficiente reconocimiento o validación.

PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B.-Tiene la palabra el profesor Zalaquett.

PROFESOR JOSÉ ZALAUQUETT D.- Quiero solamente referirme al punto sobre si es posible la corrupción privada.

La Convención Interamericana del año 1996 mantenía el viejo concepto de que la corrupción significa el abuso de una función pública para beneficio privado. La Convención de Naciones Unidas del año 2003 incluye varias normas sobre corrupción privada.

¿Cuál es el concepto, entonces? El concepto es no el abuso de una función pública para beneficio privado, sino el abuso de la función fiduciaria de representación para beneficio privado. ¿Qué significa una función fiduciaria? De confianza y de representación. Por ejemplo ¿quién tiene esa función fiduciaria hoy día en el mundo privado? Aquellos que desempeñan funciones de interés que afecten a un gran colectivo. Por ejemplo, los controladores de las sociedades anónimas con respecto a los pequeños accionistas, que son la mayoría. O aquellos que prestan servicios de utilities, como en Estados Unidos, que significa gas, teléfono, agua, en fin. O incluso aquellos que desempeñan bajo el modelo aceptado de desarrollo económico y funcionamiento económico, reglas del juego económico, funciones que antes desempeñaba el Estado, como intermediación de capitales o bolsas de comercio. Probablemente eso siempre ha sido desarrollado por privados.

Pero en todo caso, todas estas personas pueden afectar un interés ¿fiduciario de representación! en el sentido de que la ley o su propia función o la elección en donde empieza el voto de los controladores naturalmente en las sociedades anónimas, le han dado un poder especial de representar y poner su voluntad a un vasto número de personas. En ese sentido se puede hablar de corrupción privada, no en otro sentido.

PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B.- Muchas gracias.

Profesor Pfeffer.

PROFESOR EMILIO PFEFFER U.- Brevemente, quiero insistir en que el problema de la corrupción para enfrentarlo requiere de una profundización cultural, y una modificación de hábitos. Aquí se mencionó: el que no paga el Transantiago. Obviamente está incurriendo en un acto lesivo a la probidad. No es íntegro.

En seguida, se pueden crear muchas instituciones, pero la aplicación de las normas es quizás lo más relevante, porque genera el efecto disuasivo.

Cuando me referí al Tribunal de Ética Pública, lo hago en términos generales. El Congreso no tiene un Tribunal de Ética Pública. Obviamente que la Contraloría como órgano constitucional autónomo ejerce una función relevante respecto de



la probidad de los funcionarios de la administración. Pero el Congreso no tiene un código de conductas parlamentarias claro, preciso, ni tampoco un órgano con imperio para juzgar y aplicar sanciones.

En seguida, en el Poder Judicial existe una Comisión de Ética Interna, creada por un auto acordado, por un acta. ¿Con qué transparencia actúa? ¿Con qué eficacia? Tampoco está muy claro.

Entonces, se pueden aprobar todos los proyectos de ley que están en curso para perfeccionar los hábitos, tanto en el sector público como en el sector privado, para reprimir, para establecer conductas tipo, para incrementar las penas, las sanciones, pero al final este no es un problema de orden represivo, lo mencionaba alguien aquí, exclusivamente en el orden penal, ni tampoco de consecuencias únicamente administrativas.

Hay una consideración más amplia, que es la que me parece a mí debería tenerse siempre presente, que la ética importa siempre una infracción a una conducta dada, pero es más amplio que la misma conducta dada. Y ahí está el factor más relevante en el que me parece a mí se debe enfatizar.

PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B.: Muchas gracias.

Profesor Cordero.

PROFESOR LUIS CORDERO V.: Voy a tratar de responder brevemente.

Una prevención. De la discusión, creo que hay que delimitar adecuadamente las discusiones sobre probidad, sobre corrupción, sobre integrista moral, que me parece que son en extremo peligrosas, y si no la discusión constitucional termina siendo la discusión constitucional del Siglo XIX y la Constitución Moralista. En un momento entonces me perdí, en el fondo. Digo esto por varias preguntas.

Creo que el profesor Zalaquett ya anticipó. En general cuando uno revisa la literatura de causas de probidad o corrupción, el elemento central inicial tiene que ver con posiciones de abuso. Es la posibilidad del que está en una condición fiduciaria, que es la característica central de cualquier potestad pública, y que lo que se replica también en el sector privado para poder producir entonces y subordinar intereses.

Por eso creo que los temas del sector privado tienen un tema que no es nada de trivial, porque la probidad constitucional está muy focalizada en el Estado. Evidentemente ahí está monopolizada. Pero en el caso del sector privado, la discusión está muy concentrada hoy día en gobiernos corporativos y buenas prácticas. Y ahí creo que hay que evitar la discusión constitucional del problema del diseño institucional. ¿Por qué hago referencia a esto? Creo que tanto el Poder Judicial como el Congreso tienen un problema de diseño institucional. Creo que hay que tener cuidado ahí.

En el caso del Poder Judicial comparto con el profesor cuando dice que tenemos una serie de reglas en el Código Orgánico de Tribunales. El problema que tenemos en el Poder Judicial es que no tenemos definida la regla del Gobierno Judicial. O sea, cuando digo Gobierno Judicial, es quién está a cargo de la gestión del Poder Judicial, versus la función privativa en materia jurisdiccional.

El problema que tenemos en el Poder Judicial es que eso está a cargo del Pleno de 21 Ministros. Entonces el pleno de la Corte –con todo respeto y cariño– tiene un conflicto de interés entre la función jurisdiccional y el Gobierno Judicial. Y



es un tema de diseño institucional clásicamente establecido, que es muy conocido, que en la década de los 90 dio origen al debate sobre Consejo de la Magistratura. Y hoy día hay una apertura bien notable de esta Corte Suprema a discutir el tema del Gobierno Judicial. Si uno despeja el diseño institucional del Gobierno Judicial, probablemente la regla de disciplina en materia de probidad le es mucho más fácil.

Creo que el caso del Congreso es distinto. Creo que el caso del Congreso es distinto. A consecuencia de qué hacer con el Congreso, pareciera que estamos esperando delitos para que pudieran ser excluidos.

Hay que tener cuidado con esa afirmación, porque en principio uno debería decir sí, es intuitivamente correcta, pero el Congreso tiene un atributo que no está en la administración, y es que es la representación más gráfica de la democracia representativa.

Entonces, a mí me parece que toda consecuencia que uno quiera tener respecto de conductas contra la probidad en el caso del Congreso Nacional, particularmente todas aquellas que no tengan que ver con la función, me estoy refiriendo a la función legislativa, el análisis es incompleto si uno no se hace cargo de los temas de representación. Yo no tengo una opinión cerrada sobre los referéndums revocatorios, pero ahí hay una intuición para eso.

Lo segundo tiene que ver con el tema de las asignaciones parlamentarias. No es que quiera defender a los parlamentarios acá, pero hay dos problemas que tiene el Congreso. El Congreso tiene un problema de diseño institucional. El primer problema de diseño institucional que tiene es que se auto controla. Y el problema del autocontrol es que es muy ineficiente; no sirve en general. Segundo, porque creo en la buena voluntad de los Presidentes de la Cámara y del Senado en su propuesta de ahora, pero las comisiones de ética, como controles de pares, no sirven para mecanismos de control de reglas de legalidad. Estoy pensando en asignaciones parlamentarias.

En un sistema razonable y sensato, la gestión de los fondos públicos de cualquier funcionario del Estado, es controlado por un gestor de cuentas, tribunal de cuentas, lo que pasa es que aquí en Chile lo tenemos metido en la Contraloría. Entonces, ahí más bien hay un problema de diseño institucional que uno debiera replicar.

Lo que quiero decir con esto es que hay que tener cuidado con hacer un reproche personal a quien desempeñe una función, versus aquello que tiene que ver con el diseño institucional.

Creo que en el caso del Congreso y en el caso del Poder Judicial — pero particularmente en el caso del Congreso— hay inicialmente un problema de diseño institucional para el resguardo debido de probidad. Si uno cree en controles de pares, los controles de pares en general no son eficientes para controlar reglas legales. Y eso genera problemas de otro tipo y frustraciones de otro tipo, también.

PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B: Muchas gracias.

Agradecemos entonces al profesor Manuel Núñez por su excelente exposición y a los comentaristas de la misma, el profesor José Zalaquett, el profesor Emilio Pfeffer y al profesor Luis Cordero.

Muchas gracias.

...Aplausos



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Una gran conversación por
CHILE
Proceso constituyente y
nueva constitución política



CAPÍTULO VI / SESIÓN 27 DE AGOSTO DE 2015

FORMA DE CONSAGRACIÓN DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES





FORMA DE CONSAGRACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

■■■

SESIÓN 27 DE AGOSTO DE 2015

Expositor:

- *Profesor Francisco Zúñiga U.*

Comentarios:

- *Profesor Rodrigo Correa G.*
- *Profesor Teodoro Ribera N.*
- *Moderador: Profesor Paulino Varas A.*

PROFESOR PAULINO VARAS A.: Señoras y señores tengan ustedes muy buenas tardes, sean bienvenidos a esta nueva sesión sobre el “Ciclo de Discusiones Proceso Constituyente y Nueva Constitución Política”.

En esta oportunidad se analizará la Forma de Consagración de los Derechos Fundamentales. Intervendrá como expositor el profesor Francisco Zúñiga y el comentario estará a cargo de los profesores Rodrigo Correa y Teodoro Rivera, a quien les doy la más cariñosa y fraternal bienvenida.

El profesor Francisco Zúñiga Urbina es Licenciado Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Abogado de la Universidad de Chile. Tiene estudios de postgrado en universidades españolas. Es profesor de Derecho Político y Derecho Constitucional. Actualmente es profesor titular de Derecho Constitucional en esta Facultad, y enseña tanto en el pregrado como en postgrado. Es Abogado consultor de diversas instituciones del Estado. Ha sido Abogado integrante del Tribunal Constitucional para el periodo 2006-2009. Es autor de numerosas publicaciones, y es un gran honor ofrecerle la palabra a don Francisco Zúñiga, nuestro amigo y maestro.

Con ustedes, el profesor Francisco Zúñiga.

PROFESOR FRANCISCO ZÚÑIGA U.: Buenas tardes. Muchas gracias al profesor Paulino Varas por la elogiosa presentación.

Como señala el título de esta exposición, a propósito de la forma de consagración de los derechos fundamentales, lo que voy a hacer es una aproximación prospectiva al derecho de propiedad desde el constitucionalismo social.

La primera precisión a hacer es que el Estatuto Constitucional del Derecho de Propiedad se remonta a la Constitución conservadora. Nuestro Código Civil del año 1855 se da en el marco de las ideas de época. Es una expresión de la



codificación, y con la Constitución de 1925 se abre tímidamente a la función social el Estatuto de Derecho de Propiedad, bajo la forma de utilidad pública.

Será más tarde, con la reforma constitucional conocida como la reforma del macetero, la que el año 1963 va a señalar la habilitación para realizar expropiaciones con el fin de propender a la conveniente división de la propiedad rústica.

Más tarde, la reforma constitucional de 1967, denominada Reforma Agraria, en consonancia con la Ley 16.640 —Ley de Reforma Agraria— va a establecer explícitamente la función social como concepto y la accesibilidad de la propiedad a todos.

La configuración del Derecho de Propiedad en el Estatuto durante el régimen autoritario, tanto el Acta Número 3 como la Constitución de 1980, van a recepcionar el concepto de función social, y paradójicamente este concepto, que parece ser restringido, desde el minuto que utiliza conceptos jurídicos indeterminados, en rigor es un concepto bastante amplio, dado que conforme al tenor literal de los Artículos 19 y 24 la función social comprende, como lo señala, los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental, contenido que entronca directamente con el 19/8 sobre protección del medioambiente.

Por ende, a nuestro juicio, hay un reconocimiento amplio del derecho de propiedad, las especies de propiedad, los tipos de bienes sobre los que recae, los atributos y facultades de éste y de las garantías. Y aquí hay una paradoja: la función social opera como garantía y también como factor de delimitación del derecho de propiedad.

Por tanto, ahí en definitiva hay una configuración de un Estatuto del Derecho de Propiedad, que tiene fuente legal, que es preconstitucional —esto es muy obvio— y que está fundado en las ideas de época con un Estatuto del Derecho de Propiedad en la Constitución que recepciona un concepto del derecho de propiedad que reúne las dos dimensiones que los derechos fundamentales tienen, la de derecho subjetivo público y la de derecho objetivo.

¿Quiénes se han aproximado, por primera vez, a esta perspectiva dualista del derecho de propiedad? En nuestro medio, Eduardo Aldunate y Eduardo Cordero, y la memorista Jessica Fuentes, que escribió un libro muy notable sobre el derecho de propiedad y su recepción en la jurisprudencia, tanto de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional.

A nuestro juicio, ya en la definición del derecho de propiedad contenida en el Artículo 19, Número 24 de la Constitución, hay una doble noción de la propiedad: propiedad-función y propiedad-derecho.

El debate actual. Cito a modo de pretexto, como marca el debate, la sentencia en el caso Santa Beatriz. Allí, a mí juicio, están expresadas polarmente las dos posiciones que en el seno del Tribunal Constitucional se verifican en torno al derecho de propiedad, específicamente en torno a la función social. Para la mitad de los integrantes de dicho Tribunal, la función social es un límite intrínseco al derecho de propiedad. Para la otra mitad del Tribunal, la función social del derecho de propiedad debe ser compatibilizada con la esencialidad del derecho de propiedad, los atributos y facultades de éste, de suerte que toda intervención ablativa del derecho de propiedad deviene en inconstitucional.

Prospectivamente, las propuestas constitucionales sobre el derecho de propiedad. Hay efectivamente en las propuestas constitucionales que se discuten hoy un fortalecimiento de la función social del derecho de propiedad.

En el trabajo monográfico que elaboré para efectos de preparar esta exposición, abordé una suerte de genealogía del



concepto de función social, desde la Escuela Bardolesa de León Duguit, hasta el planteamiento más o menos original que Lautaro Ríos en su tesis doctoral hace a propósito de la función social en el derecho urbanístico chileno.

La propuesta que conocemos sobre reconocimiento de la función social de la propiedad, asociada a la idea de bien común, que está contenida, por ejemplo, en el Programa de Gobierno de la Presidenta Bachelet, es tributaria de manera explícita de las constituciones europeas, de la fórmula empleada en Weimar, en Bonn, en la Constitución italiana, en la Constitución española, en el sentido de que la propiedad obliga.

Un segundo elemento en línea de análisis prospectivo del derecho de propiedad, es el concepto de las regalías. A nuestro juicio, el concepto de regalía es un concepto que debe ser diferenciado radicalmente del tributo. El concepto de regalía está asociado, y la literatura que nosotros recogimos da a entender que este es un fruto, precio o renta que habrá de pagársele al titular de la propiedad de un recurso, en compensación de aquello que como dueño se desprende en equivalencia de la disminución de su patrimonio. De allí que las regalías están pensadas en función del vínculo que el Estado tiene respecto de algunos recursos naturales, que por la vía de las regalías hay una política pública enderezada al uso sustentable y racional de estos recursos.

Un elemento relevante en materia de regalías, debo reconocer, es el hecho de que del minuto de que la regalía, al igual que el tributo, es una exacción que afecta al dominus, naturalmente debe sopesarse, desde el punto de vista de las políticas públicas, el tipo de exacción y el tipo de carga que debe soportar éste en favor del Fisco.

Conclusiones sobre el derecho de propiedad. Es necesario repensar el derecho de propiedad. A mí juicio, esta afirmación hecha abre pie a un debate excesivo. Es una afirmación errada, a mí juicio.

Se requiere de un nuevo tratamiento de la función social, eso sí; un tratamiento de ésta como un límite intrínseco al ejercicio de la propiedad. Se requiere incorporar las regalías como un método de compensación del detrimento patrimonial que el Estado experimenta, con miras a incentivar el uso eficiente de algunos recursos naturales.

En el plano también prospectivo sobre el derecho de propiedad, a nuestro juicio, tanto la función social como las regalías están sometidas a la garantía de reserva de ley, a la primacía y exclusividad de ésta como título de intervención sobre la propiedad, y también están sometidas a los test de racionalidad y de proporcionalidad que el Tribunal Constitucional efectúa respecto de éstas a la hora de medir la legitimidad constitucional de los títulos de intervención por parte del Estado.

Lo que ocurre es que la incorporación de la noción de bien común asociada a la función social, viene a potenciar la posibilidad de esos títulos de intervención que el Estado tiene sobre la propiedad, los atributos y facultades de ésta.

Una segunda parte de la intervención aborda los derechos reales sobre las aguas. Aquí hay más de un error. A veces un error no forzado. El Artículo 19/24, como bien sabemos en su inciso final dispone que los derechos de los particulares sobre las aguas reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.

Esto define, de algún modo implícitamente, lo que el Código de Aguas y el Código Civil hacen en el 595 y Quinto, respectivamente, que es declarar la dominialidad o demanialidad de las aguas terrestres. Es decir, estas son de dominio público, al igual que las minas. Sin embargo no hay cláusula constitucional sobre la dominialidad de las aguas.

Las implicancias del concepto de dominio público. No voy a entrar a las implicancias conceptuales del uso del término



de dominio público, que tiene una fuerte controversia en el Derecho Público. La publicación que en su minuto Santiago Montt hace sobre dominio público se hace cargo de este debate sobre la cuestión.

El debate yo diría clásico sobre el vínculo que el Estado tiene con el territorio, por ejemplo, de algún modo recoge en parte este debate acerca del empleo del dominio público como categoría. Lo cierto es que esta categoría, más allá del debate, está recogida en nuestra legislación, más aún está recogida en el 19/24, y por lo tanto no podemos hacer tabula rasa de ella.

Las características que la doctrina le asigna al dominio público son la imprescriptibilidad, inenajenabilidad, inembargabilidad y no susceptibilidad de hipotecas y otros gravámenes de derecho común sobre bienes dominicales.

Esto significa que el Estado genera títulos de habilitación para la explotación, para lo que Marian Hobbs denomina el uso especial de los bienes dominicales. Y los derechos de aprovechamiento no son sino eso, un tipo de habilitación bajo la fórmula concesional para la explotación del recurso hídrico.

En razón del tiempo, quisiera detenerme en dos proyectos de ley que abordan la modificación al Estatuto de las Aguas. El primero es el proyecto de ley que reforma el Código de Aguas. Este proyecto de ley recoge una cuestión que es clave, y que es designada por Cordero como la “precarización de los derechos de aprovechamiento de aguas”. ¿En qué consiste esta mentada precarización de los derechos de aprovechamiento de aguas? Simplemente, consiste en un conjunto de herramientas que el proyecto de ley pretende dotar, que están en consonancia con la dominialidad de las aguas. Por ende, esa precarización pasa por plazos para explotar el recurso, pasa por plazos para hacer titular de los derechos de aprovechamiento, pasa por caducidad por la no explotación de los recursos hídricos asociados a los títulos habilitantes.

A mí juicio, esa precarización puede tener dos lecturas: una lectura crítica en orden a que se debilita la garantía del derecho de propiedad sobre las aguas, o una lectura que dice relación con la satisfacción del interés público asociado a la explotación del recurso hídrico, a la racionalidad en la explotación del recurso hídrico, que es a mi juicio la lectura que debe hacerse de ésta, y es que, precisamente, la garantía del derecho de propiedad sobre el agua también comprende la garantía de la función social sobre ésta.

Un segundo proyecto que está en trámite es la ley de protección de glaciares, que en definitiva viene a impedir en su Artículo Cuarto, la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas, generando un gran debate respecto de que en qué medida glaciares son la fuente de la cual se alimentan los acuíferos que permiten constituir derechos de aprovechamiento a partir de la identificación de estos acuíferos.

Hay finalmente un proyecto de reforma constitucional que merece un examen detenido. Es el proyecto que lleva por título la Nacionalización de las Aguas. Este proyecto descansa en su título en un tremendo error de concepto, que es designar su contenido como Nacionalización de las Aguas. ¿Cuál es el contenido de este proyecto? Primero, el reconocimiento del derecho al agua. Segundo, el establecimiento de un deber asignable al Estado, en orden a proveer servicios básicos de tipo sanitario. Tercero, la cláusula de dominio público de las aguas. Y cuarto, la ley deberá asegurar el manejo integrado de cuencas.

Yo les pregunto a ustedes ¿dónde está la Nacionalización de las Aguas en este proyecto de reforma constitucional? No hay tal Nacionalización de las Aguas. Simplemente es un proyecto que a partir de un término conceptualmente inadecuado está abordando cuestiones distintas a la nacionalización, entendida ésta como la incorporación de un sector



o tipo de actividad al dominio del Estado. Mal podrían ser nacionalizadas las aguas si éstas son bienes dominicales. Es una contradicción básica.

Finalmente, en cuanto al Programa del actual Gobierno en materia de aguas, el planteo básico es primero el reconocimiento de la cláusula de dominio público, que está hoy día reservada a las minas, siendo extensible al espacio o espectro radioeléctrico y también a las aguas terrestres. Segundo, el reconocimiento del derecho al agua como acceso a éste, haciendo presente que la provisión de los servicios sanitarios no es tarea del Estado desde el punto de vista de su provisión, sino solo el aseguramiento, en la medida que el Estado primero incorpora capital privado y segundo privatizó la provisión de los servicios sanitarios, tanto de aguas como de aguas servidas.

Por último, el reconocimiento constitucional del dominio público de las aguas terrestres, a mí juicio, permite dar cobertura muy amplia no sólo a la imposición de regalías, sino también a la precarización de los derechos de agua, precarización que a mí juicio debe ser leída en clave de explotación racional del recurso hídrico, recurso que es un bien económico, un bien escaso y que amerita un tratamiento que asegure la racionalidad de su explotación y no, como es hoy, la negación de la naturaleza económica en el estatuto legal de las aguas y la configuración paradójica de un verdadero mercado de las aguas.

Por todo ello, creo que detrás de la acusación de la precarización de los derechos de aprovechamiento de aguas, lo que hay es una incomprensión acerca de los alcances que la cláusula de dominialidad de las aguas debe tener, y una incomprensión acerca de la función social que esta propiedad también debe poseer.

Gracias.

...Aplausos

PROFESOR PAULINO VARAS A.: Gracias, profesor.

A continuación, el profesor Rodrigo Correa va a hacer un comentario respecto a la exposición del profesor Francisco Zúñiga.

El profesor Correa es Doctor en Derecho y Magíster en Derecho por la Universidad de Yale, y Licenciado en esta Universidad. Ha centrado su interés en problemas de Teoría del Derecho, Derecho Internacional, Derecho Constitucional y Arbitraje Internacional. Fue profesor de esta Facultad en el periodo entre los años 2000 y 2010.

Se incorpora a la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez el año 2003. Ejerció como Decano de la misma Facultad desde fines del 2008 hasta principios del 2015.

A propuesta interna del Pleno de la Corte Suprema, actualmente es Abogado integrante de ese Supremo Tribunal para el periodo 2015-2018.

Es autor de numerosas publicaciones de su especialidad y de comentarios de jurisprudencia.

Es un honor y un agrado para mí ofrecerle a mi apreciado amigo Rodrigo Correa esta posibilidad de exponer un comentario.



PROFESOR RODRIGO CORREA G.: Muchas gracias, profesor, y gracias a la Facultad y a la profesora Ana María García, mi profesora en primer año, por la invitación a comentar el estupendo trabajo del profesor Zúñiga.

Mi comentario va a ser un comentario más bien externo, porque me siento incapaz de hacer un comentario interno. Los conocimientos del profesor Zúñiga en las áreas específicas que tratan de derecho de propiedad y de propiedad de aguas exceden con mucho los míos, así que no me siento habilitado a hacer un comentario interno. Por tanto, va a ser un comentario externo, y probablemente una excusa también para decir algunas cosas que probablemente no tienen nada que ver con lo que ha dicho el profesor Francisco Zúñiga, y que sí tienen que ver, creo yo, con el título de la sesión de hoy, “Formas de consagración de los derechos fundamentales”.

Me parece que una pregunta fundamental que uno debe formularse es de qué estamos hablando cuando hablamos de consagración constitucional de los derechos fundamentales. Y creo que podemos estar hablando de dos cosas completamente distintas. De qué estemos hablando depende de una decisión que no tiene nada que ver con derechos fundamentales.

Me explico. Estamos acostumbrados a pensar –eso ciertamente me incluye a mí, que fui educado bajo la Constitución de 1980, todavía no plenamente vigente, pero fue la Constitución que estudié como alumno de la Facultad, y es la Constitución que han estudiado ustedes, asumo– estamos acostumbrados a pensar bajo una Constitución que es semirígida, cuasi ultra rígida. Eso no ha sido siempre la realidad de la historia de Chile. La Constitución de 1925 era una Constitución flexible, era una Constitución que se modificaba por quórum de mayoría y que tenía algún trámite, una cláusula de congelamiento que obligaba a una segunda votación, pero esencialmente era una Constitución que se aprobaba por voto de mayoría.

La decisión de si uno va a tener una Constitución rígida o semirígida o semiflexible, que de alguna manera se asemeje al régimen constitucional bajo el cual vivimos hoy, o por el contrario volver a una Constitución flexible, como era la Constitución de 1925, significa que estemos hablando en cualquier área del Derecho Constitucional, pero creo que muy especialmente en derechos constitucionales de cuestiones completamente distintas. ¿Por qué? Porque evidentemente si se toma una opción en aquel otro lado –supongo que tiene una sesión en este ciclo de discusiones– hacia una Constitución flexible, en rigor la discusión sobre derechos fundamentales se convierte simplemente en una discusión, por ejemplo en materia de propiedad, sobre ¿cuál va a ser el ámbito de intervención del Estado mientras ejerza el actual Gobierno o el próximo Gobierno? Dado en verdad que la Constitución es flexible, cualquier decisión que se tome sobre el particular, por ejemplo en materia de aguas, es una decisión que es revocable por modificación constitucional, dado que sólo requiere mayoría por un eventual futuro Gobierno si las mayorías cambian.

En cambio, si nosotros tomamos una decisión por mantener una Constitución semirígida o semiflexible, según uno vea el vaso medio lleno o medio vacío de las simpatías políticas que uno pueda tener en esta cuestión, la discusión inmediatamente es una discusión de otro color. La discusión deviene en preguntarse qué ámbitos de derechos constitucionales o qué vamos a tratar a nivel de derechos constitucionales, qué vamos a sustraer de la política ordinaria. No la vamos a congelar completamente, asumo, porque no estamos en un escenario en Chile en que se esté pensando en una Constitución pétrea, pero la vamos a sacar de la política ordinaria.

Asumo, a efectos de la conversación, que lo más probable –al asumirlo no significa que hacia allá vayan mis simpatías–



en el futuro nacional es que si llegamos a ver alguna reforma significativa a la Constitución política, lo más probable en Chile es que mantengamos un esquema de Constitución semirrígida o semiflexible, se llame Nueva Constitución o Asamblea Constituyente, como quiera uno llamarla, proceso por el cual yo tengo en cierto sentido de simpatía. O sea, creo que hay un problema de legitimidad que requiere encarar una reforma constitucional importante. No tengo simpatías por todas las formas de perseguir ese cambio, pero creo que es necesario un cambio importante.

Entonces, voy a asumir que ése es el escenario para efectos de esta conversación. Si ése es el escenario, yo diría que la pregunta esencial que debemos hacernos es la que formulaba hace algún rato, o más bien, déjenme decirlo así, vuelvo a un paso atrás. Hay –creo yo– un espejismo hoy día peligroso en el debate constitucional. El espejismo es que el problema constitucional es fundamentalmente un problema de legitimidad de origen. Eso es doblemente problemático. Pienso que es problemático retrospectivamente en el diagnóstico que hacemos del problema constitucional.

Creo que ese fue el problema que tuvo, por ejemplo, la reforma de Ricardo Lagos. Creo que Ricardo Lagos pensó que era un problema de origen la firma de Pinochet y le sacó la firma de Pinochet: la llamo la Constitución de 2005 y el problema se resuelve.

Pero más problemático aún es que ese espejismo genera un problema más bien hacia un futuro prospectivo, y el problema es que genera la sensación de que si uno tiene una Constitución dada en un proceso legítimo, inmaculado, abierto, participativo, va a ser una Constitución, por usar el lenguaje político de moda, que va a estar blindada; va a ser una Constitución que no va a tener problemas de legitimidad. Yo creo que eso es un craso error.

De hecho, creo que hay un tremendo riesgo ahí. Y el tremendo riesgo que existe es que nos demos una nueva Constitución, una nueva Constitución dada en un proceso abierto, participativo, etcétera, que refleje nuestras preferencias o las preferencias políticas de la mayoría hoy, pero que no tienen por qué coincidir con las preferencias de la mayoría en cinco, diez o quince años más, lo cual la verdad es que lo único que hace es aumentar el riesgo de chutear, por decirlo así, o postergar o recrear en el futuro un problema semejante al que estamos viviendo hoy, pero de distintos signos no más.

Si uno piensa en la clave de la legitimación procedimental democrática, el espejismo es pensar que lo importante es el origen. Creo que eso es un error. Lo que da legitimidad democrática al procedimiento democrático no es tanto el origen, sino la posibilidad permanente de revisar las decisiones que se adoptan.

Por eso, las Leyes Orgánicas Constitucionales, por ejemplo, son leyes de dudosa legitimidad, pues son leyes que al tener un quórum de 4/7 están sujetas a un constante veto de 3/7 más uno, y eso significa que aunque hayan sido legítimas en su origen, aunque en teoría se haya reunido una tremenda mayoría para aprobarlas, eso fue en el pasado. En el momento, lo que las sostiene simplemente es 3/7 más uno, y eso pienso que afecta su legitimación.

Por tanto, si uno tiene un proceso contramayoritario constitucional, o sea una Constitución semiflexible o semirrígida, comete un error si uno piensa que lo crucial es el momento constitucional. Yo diría que lo crucial es poner en las constituciones aquellas cosas en las cuales verdaderamente estamos de acuerdo. O verdaderamente tenemos un acuerdo de que son dignas de ser protegidas.

En ese sentido, lo que yo pensaría, vamos al punto forma de consagración de los derechos fundamentales, es que debiera ser una consagración lo más escuálida posible. Bajo Constitución semirrígida o semiflexible, creo que nosotros debiéramos tener una Constitución que tuviera menos y no que tuviera más.



Para ser franco, si además pensamos en una Constitución maximalista, hacemos extremadamente difícil ponernos de acuerdo. No vamos a estar de acuerdo.

En cambio, probablemente, si discutimos ciertas cuestiones mínimas, vamos a llegar bastante más fácil a acuerdo. Y lo que estoy diciendo no creo tampoco que sea una locura. Es interesante por ejemplo pensar que en sus orígenes la Constitución política de Estados Unidos no tenía consagración de derechos fundamentales. Era simplemente una Constitución que tenía un sistema de Gobierno. En eso era más fácil ponerse de acuerdo, y al principio había bastantes sospechas sobre una consagración de derechos constitucionales.

El último espejismo que quiero tocar, y con eso le cedo la palabra a mi colega profesor Ribera, es el siguiente: ¿Es también una ilusión pensar que porque nosotros tomamos una decisión constitucional, en los hechos hemos tenido un triunfo político, sea cual sea el signo, que gana en meter en la Constitución algo que quería meter? Y en eso hay cierta demostración histórica.

Es bien interesante esto por ejemplo en materia minera Yo siempre hago el ejercicio con mis estudiantes de pedirles que lean el Artículo 19, Número 24, a propósito de la propiedad minera y a estudiantes de primer año que sepan bien poco, les digo “traten de sacarse todo prejuicio, díganme, esta regulación es más bien socialista o liberal, y levanten la mano”. Y casi todos la ven como una regulación más bien socialista. El Estado tiene el dominio, bla bla, imprescriptible, inalienable, etcétera. Bueno, eso duró bien poco, duró algo así como un año. Después vino la Ley de Concesiones Mineras, vino el Código de Minería, y la verdad es que hay un régimen minero que se parece bien poco al régimen constitucional.

Lo que esto enseña es que no es que esté mal hecho. Tengo mi opinión, y hay algún informe mío sobre el royalty minero. Por ejemplo, en materia de regalías, creo que la Constitución --la verdad bien interpretada-- permite hacer mucho más de lo que se piensa.

En su momento yo hice un informe sobre el royalty minero diciendo al Gobierno que yo creía --estoy hablando del Gobierno de Lagos-- que perfectamente se podía aprobar una ley de royalty minero mucho más dura de la que se terminó aprobando por razones más bien políticas.

O sea, lo que uno aprende --creo yo-- es que los abogados al final somos lo suficientemente creativos para doblarle la mano a cualquier texto que hay ahí. Además, puede terminar siendo una ganancia pírrica. Es mucho más importante quién interpreta la Constitución Política, y por eso creo que la pregunta por el Tribunal Constitucional, por ejemplo, y cómo se constituye el Tribunal Constitucional, es hoy día una pregunta central.

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESOR PAULINO VARAS A.: Gracias, profesor.

A continuación, el profesor Teodoro Ribera hará un comentario sobre la materia.

El profesor Teodoro Ribera estudió Derecho en la Universidad de Chile y el grado de Doctor en Derecho en Alemania.



Es actual profesor asociado de esta Facultad; autor de numerosas publicaciones académicas de Derecho Internacional Constitucional en Chile y en el mundo. Fue Diputado entre los años 90 y 98, y Vicepresidente de la Cámara de Diputados entre el 14 de marzo del 95 y el 19 de marzo del 96.

Además, fue Ministro de Justicia entre los años 2011 y 2012. Fue alumno de nuestro curso y muy apreciado amigo.

Ofrezco la palabra al profesor Teodoro Ribera.

PROFESOR TEODORO RIBERA N.: Muchas gracias.

¿SE REQUIERE UNA NUEVA LA CONSTITUCIÓN?

Cuando algunos plantean que se requiere un nuevo texto constitucional, partiendo de cero, me pregunto si nuestra larga y fructífera evolución institucional ha sido errada, si estamos sumidos en una crisis constitucional, en una situación tal que se necesite aquello. Claramente esa no es la situación de Chile.

Chile se destaca en Iberoamérica, pues su desarrollo económico ha disminuido progresivamente los niveles de pobreza y de marginalidad durante las últimas décadas, facilitando así una vida más digna a sus habitantes y un mejor ejercicio de los derechos humanos. La Constitución ha permitido que Chile sea el país que esgrime el índice de desarrollo humano más alto de Latinoamérica, respetando los derechos fundamentales y progresando a las personas individual y colectivamente. Nunca Chile había logrado un nivel de desarrollo como el actual. Podemos tener dificultades propias del crecimiento, desigualdades que debemos superar, pero no estamos sometidos a un caos que demande ideas refundacionales.

Pero, ¿cuál es el problema de fondo? Si es sólo el de su legitimidad de origen, pero no de su contenido, esta traba es fácilmente solucionable, pues luego de la reforma del año 2005 mal se puede cuestionar ello de la Carta Magna. Si radica en actualizar su contenido, pues bien, se puede modificar.

En realidad, la idea del “fracaso constitucional” que demanda una asamblea constituyente refundacional es para algunos más bien un artilugio para sustituir el sistema político democrático representativo por uno de naturaleza diversa, más cercano al modelo chavista.

Se trata, como lo señala un ideólogo contrario a la democracia representativa y que inspira a estos grupos, Boaventura de Sousa Santos, de utilizar los denominados “instrumentos hegemónicos” de la sociedad capitalista, como lo son para él la democracia representativa, el derecho, los derechos humanos y el constitucionalismo, de modo contra-hegemónico, para avanzar con las agendas políticas más allá del marco político-económico del Estado liberal y de la economía capitalista, a través de la permanente movilización política y acciones directas, no necesariamente legales (Al respecto véase el prólogo Boaventura de Sousa Santos al libro de Patricio Pazmiño Freire, *Descifrando Caminos*).

MARCO CONSTITUCIONAL PARA EL RESGUARDO DE LOS DERECHOS Y EL PROGRESO

La Constitución reconoció la importancia de la libertad consustancial de los individuos, adoptando los resguardos



necesarios para evitar un Estado todopoderoso. No deja de ser destacable, que la visión de la sociedad y del Estado que se plasma en la Constitución es la que terminara imponiéndose en el mundo luego de la caída de los socialismos reales.

Una herencia del conflicto ideológico entre las democracias occidentales y las dictaduras comunistas del Siglo XX, fundadas éstas en un partido único, el “centralismo democrático”, el igualitarismo y la prioridad de los derechos del Estado antes que los de las personas, es concebir, por algunos, los derechos y libertades individuales como contrapuestos a los derechos económicos sociales y culturales.

La experiencia histórica demuestra que no se pueden resguardar niveles crecientes de derechos sociales, económicos y culturales si no se garantizan conjuntamente las diversas expresiones de la libertad individual y el derecho de propiedad, pues la mejor manera de avanzar hacia mayores niveles de igualdad, de estándares de vida y de disminuir la pobreza, es apoyar la iniciativa privada que permita un crecimiento económico que facilite al Estado los recursos necesarios para ir en auxilio de quienes lo necesitan.

El nuevo orden público económico de Chile ha traído grandes beneficios para el país y para sus habitantes. Así es como la pobreza disminuyó entre los años 1987 y 2003 de 44% de la población a 18,8%, mientras la indigencia lo hizo de 17,1% a un 4,7%, (encuesta CASEN) ubicándose Chile en el año 2012, según datos del Banco Mundial, en el tercer lugar, tras Argentina y Uruguay, según el índice de pobreza y de indigencia en América Latina.

Subsisten todavía importantes diferencias en el nivel de ingreso de las personas, atribuible preferentemente a sus diversos niveles educativos. Este notable mejoramiento en la calidad de vida de las personas, que implica conjuntamente un mayor respeto a la dignidad de las personas y un mayor ejercicio de los derechos fundamentales, fue posible por el crecimiento económico que permitió abordar una política social basada en la generación de más bienes y servicios y en la focalización del gasto social en los que más necesitan.

Un orden público económico sustentado en la iniciativa privada, en el respeto pleno del derecho de propiedad, en la no discriminación arbitraria, en el carácter servicial y subsidiario del Estado, aumenta sustancialmente la generación de riqueza, proporcionando igualmente al Estado mayores recursos para brindar a los grupos y personas, mejores condiciones mínimas para que puedan buscar su propia realización, lo que conduce a fortalecer y facilitar el ejercicio de los derechos humanos en general.

No obstante lo anterior, y si bien existe hoy en Chile un reconocimiento mayoritario y transversal sobre los beneficios que el modelo constitucional ha traído para el país, pareciera surgir en un grupo de políticos e intelectuales una cierta melancolía por retroceder a una sociedad y a un Estado propios del siglo pasado, confiando en éste y en sus funcionarios la priorización de las aspiraciones ciudadanas, como las soluciones para responder a ellas¹.

Así, véase el programa presidencial de Michelle Bachelet y sus planteamientos respecto de una nueva Constitución en lo referente al derecho de propiedad, a los derechos sociales y a la autonomía del Banco Central, que si bien son generales, abren una duda sobre su alcance y finalidad, en: <http://michellebachelet.cl/wp-content/uploads/2013/10/Nueva-Constituci%C3%B3n-28-35.pdf>



¿MÁS O MENOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

El Capítulo Tercero de la Constitución recoge una larga y fructífera evolución histórica. Su actual conformación permitió un desarrollo económico y social del país como nunca antes visto, disminuyendo los niveles de pobreza e indigencia y aumentando las posibilidades de movilidad social. Sin embargo, es posible mejorar su contenido tanto en la forma como en lo que se refiere a la determinación de ciertos derechos y a la nueva consagración de otros.

Considerando que en los últimos años se ha incrementado el rol del Estado en la sociedad, es relevante reforzar las garantías y derechos de las personas frente al mismo, tales como el reconocimiento del carácter humano del ser desde el momento mismo de la concepción; el derecho a recibir una eficiente y pronta administración de justicia, creando además un servicio de protección del ciudadano; la prohibición constitucional de imponer tributos y cargas públicas injustas; el reconocimiento explícito del derecho a la identidad personal, cultural y a la imagen como sobre la propiedad de los datos y a la seguridad digital; el derecho a la seguridad y certeza jurídica de los actos administrativos y judiciales; el reconocimiento explícito del racional y justo procedimiento administrativo, según ley, con una garantía específica de prontitud en la resolución de las solicitudes, como la irretroactividad de los cambios de criterios administrativos; la seguridad individual y regulación autónoma de esta garantía, entre otros. Es conveniente, igualmente, incrementar el deber del Estado de propender al goce efectivo de los derechos y libertades que la Constitución establece, reconociendo el derecho a gozar del fruto del esfuerzo personal; de promover el acceso a bienes culturales, consagrando como finalidades primordiales de la acción del Estado promover y apoyar el desarrollo de las familias así como resguardar su autonomía en la toma de decisiones, como el de avanzar gradualmente a mayores niveles de prestaciones de salud, vivienda, educación y ancianidad dignas a la población. Es importante precisar, que únicamente la ley pueda limitar los derechos y libertades constitucionales, así como de regulación de acciones constitucionales.

¿DESCONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO A DESARROLLAR CUALQUIER ACTIVIDAD ECONÓMICA Y DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y DE SUS RESGUARDOS?

La libertad económica constituye un supuesto indispensable para ejercer otros derechos humanos, siendo en forma importante una condición necesaria, aunque no suficiente, para la democracia. Ella permite ofrecer a otros que eligen, la creatividad humana en forma de bienes y servicios, lo que conlleva a reconocer y resguardar el derecho de las personas de buscar su propia realización individual y no imponerles aquella establecida por el Estado. La libertad económica aporta, además, al bienestar individual o colectivo, y permite que los éxitos individuales sean debidamente recompensados. Esto le otorga a la libertad económica relevancia desde el punto de vista de la producción y distribución de los bienes pero también un fundamento ético y social: para que existan reales oportunidades de desarrollo personal, debe igualmente garantizarse el derecho a emprender y de asumir el riesgo de la ganancia o pérdida. El mercado no implica, sin embargo, la idea fantasmagórica de una tierra sin fronteras, donde se impone sin límites el más fuerte y todo está permitido. No hay un mercado que perdure sin un orden, el del Estado de Derecho.

El Artículo 19 N° 21 de la Constitución reconoce el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. Considerando las restricciones que ya tiene este derecho en la Constitución, resulta difícil entender que el Programa de Gobierno de



la Nueva Mayoría opte por vaciar el ejercicio de este derecho, al señalar que será ahora la ley la que establecerá las limitaciones. ¿Existe alguna evidencia empírica que demuestre que la actual reglamentación es inadecuada y que mejor conviene que lo haga en forma más extensa el legislador, para promover este cambio? Ninguna. Lo que subyace es únicamente la creencia que es el Estado y no la iniciativa privada el motor del desarrollo económico y social.

Por su parte, el Artículo 19, N.º 24, de la Constitución le otorgó al derecho de propiedad una significativa protección, considerando tanto su historia previa como su relevancia para la vigencia y protección de otros derechos. Ello es tal, considerando que el derecho de propiedad facilita el ejercicio de derechos tan diversos como la privacidad del hogar y la consecuente intimidad de sus moradores, el secreto de las comunicaciones o el libre desarrollo de la personalidad, pues donde el derecho de propiedad es inexistente o está seriamente afectado, sea por la carencia de una protección jurídica o por situaciones de hecho, las personas se ven perjudicadas en su desarrollo individual y con ello se acrecienta el riesgo de instituir o consolidar un Estado todopoderoso que no respete los derechos fundamentales.

La Carta Magna admite que la propiedad, para cumplir su función social, puede ser objeto de limitaciones y obligaciones, pero sin que ello afecte, en caso alguno, la esencia del derecho de dominio, reduciendo el ámbito en que pueden imponerse por ley. Ello sólo procede cuando estén en juego los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. Finalmente, la Carta Magna regula tanto el procedimiento expropiatorio como la forma de implementarlo (valor, forma, condición), evitando así que el legislador pueda debilitar el derecho de propiedad.

Esta normativa constitucional ha sido clave en el fortalecimiento de este derecho, garantizando una amplia protección del mismo y concibiendo un proceso expropiatorio que concilia los intereses generales con una indemnización real y oportuna.

La evidencia económica confirma que en aquellos países en donde han existido instituciones que promueven y respetan el dominio, se produce un mayor crecimiento económico, ya que su existencia estimula el espíritu emprendedor al recompensar con bienes el éxito y promover un mejor uso de los recursos productivos. Más importante aún; la jurisprudencia constitucional y judicial ha sido en las últimas dos décadas extraordinariamente deferente con el legislador en regulaciones que limitan el ejercicio de este derecho.

Considerando la relevancia de este derecho para la sociedad en su conjunto, cabe preguntarse ¿por qué debilitarlo? ¿Ha impedido la actual regulación el crecimiento económico o el desarrollo social del país? Las cifras nacionales e internacionales demuestran lo contrario. Existe en estos planteamientos un retroceso conceptual y erróneo del derecho de propiedad y de su relevancia, incluso para el ejercicio de otros derechos sociales. Hoy en Chile hay más propietarios que proletarios e incluso quienes lo son, aspiran a mejorar su situación mediante su esfuerzo personal y valoran la protección de sus bienes.

No se entiende que el Estado, más poderoso económicamente que nunca, pueda detentar la posibilidad de limitar o imponer obligaciones al dominio, sin asumir sus costos. ¿Que causa válida puede haber detrás de la expropiación a un precio injusto o un pago a largo plazo, como por ejemplo a una persona cuya casa se expropia por el trazado de una nueva calle?



DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES Y SU EXIGIBILIDAD

La pregunta que cabe formularse no es si la sociedad, directamente o a través del Estado debe ser solidaria con quienes carecen del estándar mínimo para una vida digna, pues ello es un deber humano y social, sino que cuál es el nivel de bienestar que se considera adecuado brindar en un momento determinado y que se condiga con los imperativos de una sociedad justa y basada en el respeto a la dignidad humana.

Hay personas que consideran, que el Estado no debe garantizar sólo condiciones sociales mínimas, sino que máximas, pues así se impone en los hechos una sociedad igualitaria, que sustituye la iniciativa privada por el sostén del Estado. Con justa razón un ciudadano puede pensar ¿para qué trabajar duro, si mi vecino que no lo hace recibe todo del Estado? Es por ello que en diversas democracias avanzadas se ha adoptado una teoría de justicia en torno a la distribución de recursos y oportunidades basados principalmente en el mérito y en el talento a través del mercado ocupacional, junto con un espacio relevante de distribución por ley para garantizar precisamente mínimos sociales exigentes. Este modelo mixto, centrado en la meritocracia, explica en buena parte el éxito del país que hemos construido en los últimos 25 años.

Junto con lo anterior, no podemos dejar de hacer notar que entre nosotros se ha propuesto la idea de consagrar el modelo de derechos sociales universales a nivel constitucional y con garantía judicial. No parece prudente que la decisión democrática sobre los mínimos necesarios para resguardar la dignidad de la persona humana deba consagrarse a nivel constitucional. Tampoco es sensato asumir como verdad un carácter expansivo e irreversible de los derechos económicos, sociales y culturales. Señalo esto, pues una constitución no puede construirse pensando en el determinismo histórico, en la bonanza creciente, en desconocer la existencia de los ciclos económicos. La experiencia europea reciente, cuna del Estado de bienestar, demuestra la conveniencia de reconocer, como amarga realidad, que el crecimiento económico y la bonanza no son permanentes y que los beneficios sociales sufren adecuaciones a las capacidades económicas de los Estados. Al respecto cabe recordar el Pacto para la Estabilidad y el Crecimiento impulsado por la Unión Europea que trajo consigo incluso la incorporación de disposiciones en las constituciones de los Estados miembros que limitaron el gasto fiscal.

Por ello y en lo que se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales, surge la pregunta si los mismos se desean consagrar como derechos exigibles por los individuos o bien como disposiciones programáticas que requieren luego de un desarrollo legal. En este sentido, la justiciabilidad de los derechos conlleva una limitación tanto a la actividad política gubernativa como a su decisión de destinar más o menos recursos a unos u otros derechos. Es lo que se denomina un efecto contramayoritario. Ahora bien, si se trata de consagrar estos derechos como disposiciones programáticas, su carácter contramayoritario se ve más atenuado, pues será el legislador el que determinará su exigibilidad y su cuantía.

En ambos casos llamo la atención sobre riesgo del activismo judicial que se expresa hoy no sólo en los tribunales inferiores, sino que incluso por parte de miembros y autoridades de la propia Corte Suprema. Al respecto cabe tener presente el discurso del Presidente de la Corte Suprema, Ministro Sergio Muñoz, al inaugurar el año judicial 2014, quien indicó: “Todos los derechos, sean estos civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, han sido declarados para tener vigencia efectiva, (y) es por ello que los jueces debemos aplicarlos directamente acompañando a la sociedad chilena en su evolución, de lo contrario carece de importancia cualquier discusión a su respecto”.

Sobre el particular surgen dudas de cómo además se plasmarán dichos derechos. ¿Serán fórmulas abiertas aplicables a todas las personas, con estándares mínimos y prestaciones básicas y uniformes o permitirán el nivel de arbitrariedad



que hoy día se expresa en algunas decisiones gubernativas respecto de la gratuidad universitaria, donde el patrón de calificación cambia permanentemente para incluir o sacar nominativamente a unos u otros?

CONCLUSIÓN

Para concluir llamo a valorar la sociedad existente y a ser críticos y abiertos a corregir aquello que sea necesario en el plano constitucional. Por lo anterior, y habiendo transcurrido ya más de 30 años de la vigencia del texto constitucional, es relevante revisar su contenido e implementar cambios y perfeccionamientos orientados a ampliar y fortalecer los derechos y los instrumentos de las personas y de la sociedad frente al Estado, que ha crecido desmesuradamente y que no responde por la eficiencia y eficacia de sus actos; impulsar resueltamente la regionalización y la equidad territorial como mejorar y armonizar las estructuras orgánicas de la misma. Finalmente, la reforma debe modernizar el ordenamiento constitucional, valor la libertad de las personas y proteger sus derechos y su fuerza creadora; ser efectuada por cauces constitucionales y con un amplio debate público.

Gracias.

...Aplausos

PROFESOR PAULINO VARAS A.: Gracias, profesor.

El profesor Zúñiga quiere hacer un alcance a lo que expresaba el profesor Teodoro Ribera.

PROFESOR FRANCISCO ZÚÑIGA U.: En rigor, respecto de las dos intervenciones, primero, agradecer los comentarios.

En cuanto a lo que señala el profesor Rodrigo Correa, esta discusión acerca de maximalismo, minimalismo en materia de derechos, es una vieja discusión. El problema es que es una discusión “tramposa” ¿En qué sentido? Quienes postulan un discurso minimalista en materia de derechos son minimalistas en derechos sociales pero no lo son en materia de derechos civiles. Y efectivamente los derechos son contramayoritarios, lo observaba el profesor Teodoro Ribera, pero porque son contramayoritarios imponen límites al poder y también directrices al poder. Desde ese punto de vista, lo que se requiere es un amplio acuerdo respecto de cuáles son esos límites y directrices al poder. Pero lo que tenemos hoy día es una Constitución maximalista en materia de derechos y sesgada ideológicamente en favor de derechos civiles y de contenido patrimonial. Las cuestiones relativas a derechos de propiedad lo demuestran. Voy a traer dos ejemplos a colación.

El ejemplo que ponía el profesor Correa, el de las regalías. A mí también me correspondió informar en derecho el proyecto del Presidente Lagos. Creo que fui el único profesor de Derecho Constitucional que defendió el proyecto de regalías. La objeción que se hizo, porque ese proyecto no fue ley, lo que fue ley fue el acuerdo posterior con el Consejo Minero, es que las regalías sean tributos, dado que la inversión minera estaba sometida al régimen de invariabilidad tributaria, contenida en el Decreto de Ley 600, no era posible introducir exacciones de naturaleza tributaria.

La inclusión de las regalías en el Estatuto Constitucional del derecho de propiedad busca resolver el problema, que deje



de ser un problema la imposición de regalías como un régimen de exacciones distinta e independiente de la tributaria, independiente del punto de vista conceptual, no del punto de vista de las cargas financieras que una y otra importan.

La segunda, citaba el ejemplo el profesor Teodoro Ribera, el de GES, el de AUGE. Cuando se planteó por primera vez el proyecto de cobertura AUGE, se generó toda una discusión acerca de la “propiedad” que los imponentes de cotizaciones de seguridad de salud previsual y de seguridad social tenían sobre sus cotizaciones. Y esa era una discusión, perdónenme, privatista. ¿Qué propiedad tiene el imponente cuando se trata de cotizaciones impuestas a determinados fines que tienen que ver con la cobertura de bienes públicos? Esa discusión se da en esos términos precisamente porque el tipo de recepción que tienen los derechos sociales en nuestra Constitución es muy débil y está mediada por un concepto de subsidiaridad o un concepto eminentemente privado y no público respecto de los bienes que deben ser asegurados por el Estado.

PROFESOR PAULINO VARAS A.: Gracias, profesor.

Un espacio para preguntas.

Primera pregunta

ASISTENTE: No sé si dirigírsela al profesor Ribera o al profesor Zúñiga o a ambos, pero la voy a lanzar la pregunta.

Es una reflexión o alcance sobre el tema de la forma de protección de los famosos derechos económicos y sociales. Yo leí el libro del profesor Fernando Atria sobre los derechos sociales y de educación, y ahí hay una contra-intuición muy interesante, en el sentido de que él siempre se refiere a la ortodoxia progresista, y le pone comillas al progresista, y señala que ese jurista progresista cree que hace avanzar los derechos sociales haciéndolos exigibles judicialmente. Pero él dice que con la exigibilidad judicial se desocializan los derechos sociales y se transforman en derechos individuales, en derechos subjetivos, en el fondo, en derechos mínimos. Él dice que en el fondo la forma de proteger los derechos sociales es con decisiones políticas mayoritarias y no con decisiones de los jueces.

Entonces, a mí me parece una contra-intuición, independiente de lo que yo piense de los derechos sociales, me parece una contra-intuición bastante interesante, porque desafía la ortodoxia progresista, y me parece que lo que protege el derecho social no es un espacio de libertad individual como los derechos civiles o las libertades individuales, sino que es un espacio donde supuestamente hay un bienestar de todos, de cada uno, que es responsabilidad de todos.

Entonces, me parece que hay un punto ahí que al menos la gente que se denomina progresista, con o sin comillas, debería hacerse cargo o al menos decir qué piensa al respecto, porque me parece que conociendo la posición ideológica del profesor Atria, esa contra-intuición que hace creo que es bastante interesante, y que creo que no se le ha discutido lo suficiente.

Segunda pregunta

ASISTENTE: Lo primero es para el profesor Teodoro Ribera.

Alemania en los años de la Segunda Guerra Mundial creció exponencialmente en términos económicos. O sea, no se pueden medir las normas de una nación en torno solamente a los resultados económicos. Y ahí hay un problema en nuestra Constitución. Porque nuestra Constitución consagra como una base de la institucionalidad el libre desarrollo de la personalidad. ¿Y qué pasa entonces cuando las reglas de la Constitución, las normas de la Constitución, sean reglas o



principios, se vuelven en contra del libre desarrollo de las personas, de la personalidad? Y eso es lo que vienen a remediar los derechos sociales. Tratan de igualar la cancha entre los distintos miembros de la sociedad.

Entonces, ¿qué pasa cuando esas reglas se vuelven contra los mismos principios que pretende fomentar el Derecho Constitucional? ¿No merece un cambio eso? No es entonces que su visión proviene de una visión ideológica de lo que debe ser la Constitución, y en ese sentido transparentarlo y por qué entonces hay que negarse a la ampliación de derechos sociales. Por lo menos explicar un poco más el punto.

Pregunta para el profesor Correa. Efectivamente el Tribunal Constitucional en términos pragmáticos permite configurar el contenido de derechos, quierase o no, y la pregunta es ¿debe existir un Tribunal Constitucional en una nueva configuración política de la sociedad chilena? Y si es así ¿cuál sería su fórmula ideal o ha pensado en algo?

Gracias.

PROFESOR PAULINO VARAS A.: Profesor Zúñiga.

PROFESOR FRANCISCO ZÚÑIGA U.: Muy breve.

Sobre las observaciones de Fernando Atria sobre Derechos Sociales, no sabría emitir un juicio. Sé que Fernando Atria es un jurista en tránsito en estas materias. Hace unos años tuve un debate con él en que él era contrario a los derechos sociales. Creo que hoy día tiene una aproximación distinta al tema.

Pero sí me interesa destacar dos cuestiones. Ideológicamente, el debate sobre los derechos sociales ha girado sobre la cuestión de la justiciabilidad de los derechos, y eso es un debate tramposo, porque quienes defendemos la inclusión en el catálogo constitucional de derechos sociales, no necesariamente nos matriculamos con la justiciabilidad ni con el activismo judicial.

Segundo, los derechos sociales no son derechos de estructura homogénea. Hay derechos sociales prestacionales, que suponen la procura existencial por parte del Estado de bienes públicos, y derechos sociales no prestacionales. Yo quiero destacar, por ejemplo, la reforma laboral, el alcance de la reforma laboral hoy día está en sintonía con una noción de la protección del trabajo, que es eminentemente no prestacional, en la que la simetría entre capital y trabajo es esencial para emparejar la cancha. Y allí no hay una actividad del Estado, sino en definitiva la generación de un mínimo de equilibrio en la relación trabajo, en la relación patrón-trabajador.

PROFESOR PAULINO VARAS A.: Gracias, profesor.

Profesor Teodoro Ribera.

PROFESOR TEODORO RIBERA N.: Respecto de los derechos sociales, primero por un tema histórico se han visto los derechos sociales en contraposición a los derechos de primera generación. Esto llegó a tal punto que me parece que fue en Nairobi cuando se aprobaron las dos convenciones internacionales, porque mientras el bloque más bien del Este o soviético impulsaba los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos y libertades eran impulsados por Occidente.

Creo que no hay una contravención, no hay una contradicción entre uno y otro, si uno construye derechos económicos, sociales y culturales sin desproteger o perjudicar los derechos y libertades individuales. ¿Está claro? Yo creo que no hay una contradicción per sé. Creo que es muy interesante, ojalá que ese punto se tenga presente, porque cuando uno los



mira como contradictorios, se exacerba el conflicto ideológico.

Ahora bien, qué derechos contemplar en una discusión como lo señalé: meramente programáticos o exigibles. Y luego qué exigibilidad, yo creo que es un tema sumamente fuerte.

Si nosotros planteamos que la exigibilidad es a todo lugar, y está más allá de los ciclos económicos, seamos francos, estamos mintiendo. Eso no es así. Eso lo creyó Europa; eso lo creyó Grecia. Es decir, el determinismo histórico lamentablemente no es así. No hay determinismos históricos, hay ciclos económicos.

Como yo venía a esta exposición con el profesor Francisco Zúñiga, tuve que leer jurisprudencia alemana para que no me pillara con alguna cosa, porque yo sé que él ha estado mirando la materia de jurisprudencia alemana. Y es bien interesante.

En Alemania, en materia de derechos sociales el principio es que el ciudadano alemán tiene derecho a exigir al Estado que le dé el mínimo que se le otorga a otro. Si el Estado lo otorga a unos, por el principio de igualdad, el ciudadano tiene derecho que se le otorgue a otro. Sin embargo, también existe jurisprudencia menor, que el ciudadano le exija al Estado un beneficio que no otorga, cuando eso es prudente y adecuado para la dignidad y en consideración al estado de desarrollo del país. Ése es un tema más complejo, porque permitiría mayor “activismo” de los jueces. Habría que ver si los jueces los tenemos que elegir o no para ser más democráticos.

Pero el principio es que si el Estado dice yo voy a garantizar tal enfermedad, el tratamiento, uno como ciudadano tiene derecho a que me lo otorguen a mí como se lo otorgan a otro. Entonces, por el lado de la igualdad, llegan a la exigencia de un bienestar que el Estado tiene que darles.

Como usted se dio cuenta, yo no veo en los derechos económicos, sociales y culturales un cuco. No. Todo depende de cómo se establezcan, con la prudencia, etcétera.

¿Deben todos los derechos establecerse en la Constitución? Como decía el profesor Zúñiga, hay que verlo. Por ejemplo, el fuero maternal, que se dio durante el Gobierno del Presidente Piñera, indudablemente es un derecho social. El GES es otra expresión de derechos sociales.

Sin embargo, quiero referirme al tema de las cotizaciones. La Constitución dice que la ley podrá establecer cotizaciones, pero la pregunta es: si se establecen ¿qué son? En realidad, son un patrimonio de afectación, están afectados a un fin determinado.

Los ahorros provisionales –eso ténganlo claro, no son ni de las AFP ni son del Estado– son de cada uno de ustedes. El Estado puede establecer que el porcentaje de cotizaciones sea diverso. Puede incluso establecer que no haya cotizaciones. Pero en el marco actual, las cotizaciones son indudablemente un patrimonio privado.

PROFESOR PAULINO VARAS A.: Gracias, profesor.

Profesor Rodrigo Correa.

PROFESOR RODRIGO CORREA G.: Voy a contestar primero la pregunta del Tribunal Constitucional y después quiero también tocar algunas cosas que decía el profesor Zúñiga. No tengo un pensamiento acabado, tengo algunas intuiciones, y fueron expresadas en una reunión en la que también participaron los profesores en el Centro de Estudios Públicos que dio lugar a un libro, así que se pueden consultar ahí.



Pero básicamente lo que yo tiendo a pensar, admitiendo que es una intuición, es que hay al menos una potestad o una función constitucional que yo creo que es valioso mantener como función, que es la función de control de aplicabilidad por constitucionalidad o por inconstitucionalidad de las leyes.

Creo, por otra parte, que el control abstracto es un control muy problemático, y que haríamos mejor eliminándolo, tanto el preventivo como el represivo. Salvo, quizás, una situación que no se puede controlar adecuadamente por inaplicabilidad, pero depende mucho del tipo de Constitución que uno tenga, que es el Control de la Constitucionalidad Formal. Quizás si uno tiene una Constitución con algún tipo de procedimientos diferenciados para ejercer distintos tipos de potestades, como la que tenemos hoy, sería importante mantener un control de esa función.

Dicho eso, yo soy más bien crítico del Tribunal Constitucional, y por otra parte me parece que la Corte Suprema hoy día tiene competencias que son absolutamente irracionales. Mi intuición en esto también es que uno debiera tener una Corte Suprema que fuera más constitucional de lo que es hoy y con menos jurisdicción o menos competencia. El otro día estábamos discutiendo si un medidor de electricidad estaba bueno o malo. Son cosas que en rigor corresponden, creo, casi a Policía Local. Por ahí van mis intuiciones.

Con el profesor Zúñiga nos encontramos acá, sin embargo usted no fue el único que informó a favor del proyecto de ley. Yo emití un informe con el profesor Lucas Sierra, así que podríamos intercambiar nuestros informes. Y básicamente creo que dijimos algo –no he conocido el suyo y parece que usted no conoció el nuestro– pero por lo que le entiendo es bien similar. Nosotros sostuvimos en ese informe que el royalty no era un tributo sino que era una obligación al concesionario minero, que podía ser perfectamente impuesta, dado que la Constitución dice que la Ley Orgánica Constitucional establecerá las obligaciones del concesionario minero. Además, dijimos que la única problemática de retroactividad, o sea, que la única ley retroactiva que al respecto la Constitución prohibía eran las causales de caducidad por no pago de la patente, porque ahí establece expresamente la Constitución que esas causales tendrán que estar establecidas previamente, y que a contrario sensu cualquier otra cosa podía ser establecido in actum, así que no estaba solo.

Creo que con el profesor Zúñiga estamos más de acuerdo en lo sustantivo, pero sin embargo estamos en un peculiar desacuerdo que es importante poner sobre la mesa. Y es que yo creo que el profesor Francisco Zúñiga yerra el diagnóstico.

Estamos de acuerdo en que hay problemas constitucionales en Chile, y él tiende a ver más que yo que esos problemas están en el texto de la Constitución Política. Yo creo que están en la cultura constitucional, porque Chile ha estado dominado por una cultura constitucional conservadora libertaria. Conservadora en lo moral y libertaria en lo económico. Libertaria me refiero – estoy usando un término gringo– no sé si es completamente adecuado en Chile, es gente que cree que el Estado tiene un rol muy, muy, muy mínimo. Y eso se traduce, claro, en la idea del royalty, se traduce en la idea de cotizaciones de salud.

Estoy de acuerdo con el profesor Ribera en que las cotizaciones previsionales, porque funciona como un sistema de capitalización individual, le pertenecen a uno. Creo que las cotizaciones de salud eso es francamente incorrecto. Me parece a mí que lo que la Constitución autoriza es a establecer un tributo de afectación. Normalmente no se puede, porque los tributos tienen que ir a rentas generales. Acá, diría yo, permite establecer un gravamen afectado, pero afectado no significa que siga siendo del particular. Creo que es afectado en salud, y me parece que el Estado perfectamente podría decir que esa cotización de salud va a un fondo solidario. No veo ningún problema de tipo constitucional en que el Estado haga eso.



Ahora, es tan fuerte, sin embargo, esta cultura constitucional, que cualquier posibilidad de haber sostenido eso fue traicionada por la propia ley. Porque la ley establece, por ejemplo, que si ustedes cotizan más de lo que cuesta el plan, existe esta cosa que siempre se me olvida el nombre, el remanente, que sé yo, y la propia ley establece que uno es dueño, así que uno puede ir a la farmacia y usar ese remanente en comprar remedios. Le preguntan señor, ¿usted qué ISAPRE tiene? Mire, usted tiene una plata que le sobra”. Yo diría que me parece que si eso está dentro del 7% el Estado podría usar esa plata en un fondo solidario. Yo no la vería como mía, pero la ley así lo estableció.

Lo mismo en la dirección de colegios. No creo sensato que la facultad de dirigir establecimientos educacionales, que está reconocida en la Constitución, signifique que el Estado no puede regularla muy intensamente cuando el Estado subvenciona. Y sin embargo debo reconocer que el Tribunal Constitucional estuvo así de declarar inconstitucional una ley que hace años impuso ciertas obligaciones, probablemente obligaciones que es muy difícil hacer exigibles, pero obligaciones a los establecimientos educacionales subvencionados de tener un cierto porcentaje de estudiantes de situación de vulneración socioeconómica. No me acuerdo cuál era el porcentaje, creo que era 15%. Y el Tribunal Constitucional lo dejó pasar, pero dejó ver que sólo porque era 15%, que si fuera más quizás diría que es inconstitucional. Yo diría no hay nada en el texto de la Constitución que lleve a esa conclusión. Diría que es una cultura constitucional.

Por lo tanto, me parece acá que el desafío está más bien en la cultura constitucional que en el texto de la Constitución Política. Hay algunos problemas en algunas cláusulas, pero creo que son menores. Yo no tendría ningún inconveniente en sacar esas cosas. Probablemente hay excesos en la protección de la propiedad y hay cosas que probablemente podríamos llegar a un consenso de que es mejor sacarlas.

PROFESOR TEODORO RIBERA N.: Se hizo una consulta referente a la época, si el crecimiento económico podía justificar una Constitución, más o menos fue el tema de Adolfo Hitler y el crecimiento económico del 31 de enero de 1933 al 3 y 4 de mayo de 1945. Pero nada justifica la violación de los Derechos Humanos. La discusión en Alemania no es si murieron cinco o seis millones de judíos, sino que murió uno perseguido por un sistema totalitario.

Por otro lado, si uno mira una Constitución, un sistema de garantías que ha permitido disminuir sustancialmente la pobreza entre el año 1987 al 2013, debe resaltarse. Fíjense que la pobreza disminuyó del 44% al 18,8%. ¿Por qué disminuyó la pobreza? En definitiva, –y esto durante los gobiernos de la Concertación– porque se aprovechó el crecimiento para generar distribución.

Quiero llamar un poco la atención sobre un tema que cruza malsanamente los escenarios políticos. Hay un sector del país que cree solamente que hay que distribuir y no creen en el crecimiento. Y hay otro que piensa mucho en el crecimiento y poco en la distribución. Creo que in tertium quid, la justicia se va a lograr y el avance social se logra sobre la base del crecimiento, y para el crecimiento se requiere libertad y propiedad.

PROFESOR PAULINO VARAS A.: Agradecemos a los profesores sus interesantes exposiciones, y la presencia de cada uno de ustedes.

Muchas gracias.

...Aplausos



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Una gran conversación por

CHILE

Proceso constituyente y
nueva constitución política



CAPÍTULO VII / SESIÓN 1 DE SEPTIEMBRE DE 2015

LA DIGNIDAD HUMANA COMO
VALOR CONSTITUCIONAL



LA DIGNIDAD HUMANA COMO VALOR CONSTITUCIONAL

■ ■ ■

SESIÓN 1 DE SEPTIEMBRE DE 2015

Coordinadora:

- *Profesora Gladys Camacho C.*

Expositores:

- *Profesor Ricardo Chueca R.*
- *Profesora Ascensión Elvira P.*
- *Profesor Gonzalo García P.*
- *Profesor Enrique Navarro B.*
- *Profesor José Ignacio Núñez L.*
- *Profesor Francisco Zúñiga U.*

Moderadora:

- *Profesora Miriam Henríquez V.*

PROFESORA GLADYS CAMACHO C: Buenos días a todos. Muchas gracias por estar aquí. Hoy tenemos una mañana intensa, y sobre todo con la presencia de profesores de primer nivel en nuestro país y también de España.

Vamos a empezar con las palabras de la Vicedecana de la Facultad de Derecho, en representación del Decano, que hoy día está en una reunión universitaria.

Esperemos que a medida que vaya transcurriendo la mañana, podamos realmente realizar un debate bastante interesante.

Muchas gracias.

VICEDECANA MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE V.: Buenos días.

Primero que todo, quiero transmitir un saludo del Decano, profesor Davor Harasic, a quien le habría gustado mucho estar acá, porque él es una de las personas que más interés ha tenido en todo lo que es la discusión respecto a la Constitución.

Lamentablemente, él está en el Consejo Universitario, que es la reunión de todos los decanos con el Rector y le es imposible no asistir.



Continuando con el Ciclo de Discusiones sobre el Proceso Constituyente y Nueva Constitución, a través del Departamento de Derecho Público, hoy corresponde dedicar esta mañana a la reflexión sobre la noción más importante que nosotros podemos considerar en la Constitución Política, que es el Artículo Primero, que nos habla de la dignidad humana.

El seminario de Dignidad Humana como Valor Constitucional, que va a tener lugar esta mañana, ha sido organizado en colaboración con la Universidad Alberto Hurtado y el Departamento de Derecho Público, alianza que valoramos altamente.

Para el tema que nos convoca discutir hoy, vamos a tener el privilegio de contar con la colaboración de prestigiosos académicos de universidades españolas, como son los profesores Ricardo Chueca Rodríguez, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de la Rioja; Ascensión Elvira Perales, profesora titular de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid y Gonzalo Arruego Rodríguez, profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Zaragoza, a quienes damos la más cordial bienvenida a nuestra casa de estudios.

Los nombrados aquí presentes, junto a los destacados especialistas en la materia, conformaron un grupo de investigación de nueve universidades y dos centros españoles que han logrado dar forma al esfuerzo en el libro “Dignidad Humana y Derechos Fundamentales”, producto de varios años de trabajo en torno a un proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación español, editado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, por lo que esta actividad también constituye una presentación internacional de esta publicación.

En un contexto de rediseño constitucional, como es el que se ha propuesto en nuestro país, resulta esencial reflexionar sobre las distintas funciones que el valor de la dignidad humana posee, entendiendo que esta noción debe guiar al legislador y a la ciencia jurídica en el desarrollo y protección de los derechos fundamentales.

La experiencia comparada es vital para poder extraer valiosos aportes sobre el papel de la dignidad humana en el funcionamiento y respeto de los derechos fundamentales, así como para advertirnos de los nuevos retos que demanda dicha noción al Derecho y al sistema político.

Para este diálogo contamos igualmente con destacados profesores de las dos casas de estudio, que han aunado esfuerzos para el éxito de este seminario. Así, también intervendrán los profesores Francisco Zúñiga Urbina, Enrique Navarro Beltrán, titulares de Derecho Constitucional de nuestra Facultad, y los profesores Gonzalo García Pino y José Ignacio Núñez Leiva, profesores de Derecho Constitucional de la Universidad Alberto Hurtado.

Como pueden advertir, el diálogo sobre la piedra angular de la Carta Política se advierte fructífero y de gran nivel. Por tanto, yo les deseo que este día sea realmente exitoso y sobre todo provechoso en la discusión del tema de la dignidad humana, que es fundamental en todo lo que sea el ordenamiento jurídico y lo que nosotros también entendamos por democracia.

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESORA GLADYS CAMACHO C.: Muchas gracias, señora Vicedecana.

Ahora voy a pedirles que pasen a la mesa a la profesora Ascensión Elvira, y a los profesores Gonzalo García y Enrique



Navarro, quienes integrarán el primer panel de la mañana.

Hoy día tenemos el primer panel con tres temas. Vamos a empezar con el primero de ellos, a cargo de la profesora Ascensión Elvira, y va a versar sobre Dignidad Humana en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo.

En una breve presentación de la profesora Ascensión Elvira, voy a destacar algunos de los elementos más esenciales. Ella es catedrática acreditada de Derecho Constitucional en la Universidad Carlos III de Madrid. Tiene básicamente tres líneas fundamentales de investigación, que están en torno al control parlamentario y un tema muy importante para todos nosotros, que es el de los derechos fundamentales, donde ha realizado múltiples y muy diversos e interesantes estudios y trabajos, uno de los cuales también se ha traducido en el libro, en el aporte que han logrado construir a través de esta obra colectiva sobre dignidad humana y derechos fundamentales.

La profesora Ascensión Elvira tiene muy diversas publicaciones sobre estos temas, y también conforma parte del equipo multidisciplinario y multiuniversitario e internacional, que han conformado junto al profesor Ricardo Chueca en estas materias.

La ponencia, como se señalaba, se enmarca dentro del proyecto de investigación que financió el Ministerio de Ciencia e Innovación español, y han logrado una obra que para nosotros va a ser referente en esta materia.

Muchas gracias.

PROFESORA ASCENSIÓN ELVIRA PERALES: Muchas gracias.

En primer lugar, obviamente quiero agradecer a las dos universidades participantes en esta actividad, y muy especialmente a la Universidad de Chile, donde me hace mucha ilusión volver después de once años. También quería agradecer muy especialmente a la Vicedecana, que es una amiga siempre cercana a pesar de la distancia.

Mi tema, como efectivamente está anunciado.

LA DIGNIDAD HUMANA EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

INTRODUCCIÓN

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no contiene alusión alguna al término dignidad humana, sin embargo, eso no ha sido óbice para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sí haya hecho uso del término.

La primera vez que el TEDH menciona el concepto ‘dignidad humana’ es en el asunto Tyrer, donde expresamente se manifiesta que “uno de los principales propósitos del art. 3 es proteger la dignidad y la integridad física de la persona” (S. de 25 de abril de 1978, § 33). A partir de ese momento el TEDH se ha referido a la dignidad humana en múltiples asuntos en los que se invocaba el Art. 3 CEDH, aunque la alusión se ha efectuado asimismo con respecto a un buen número de derechos contenidos en el CEDH.

Más allá de su vinculación a concretos derechos del CEDH, el TEDH ha adoptado una visión trascendente de la dignidad humana, englobando el conjunto del Convenio; así ha firmado con rotundidad en repetidas ocasiones que “la esencia



del Convenio consiste en la dignidad humana y la libertad humana” (entre otros, *Pretty c. Reino Unido*, S. 29 abril 2002, § 65; *Testigos de Jehová de Moscú y otros c. Rusia*, S. 10 de junio de 2010, § 135; *I. c. Reino Unido*, S. de 11 de julio de 2002, § 70) o que “la tolerancia y respeto por la igual dignidad de todos los seres humanos constituye la base de una sociedad democrática y pluralista” (*Gündüz c. Turquía*, S. 4 diciembre 2003, § 40), y también que “una persona no puede ser tratada de forma que le provoque una pérdida de dignidad” (*El-Masri c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia*, § 248). Sin embargo, en estas declaraciones de carácter trascendente encontramos en realidad una pluralidad de significados: en la primera, aun refiriéndose al conjunto del Convenio (y por ello mismo), sería aplicable a todos y cada uno de los derechos que contiene; en la segunda, la dignidad aparece en su significado relacional, de tal forma que afecta al Estado, pero también al conjunto de la sociedad, de manera que el respeto de la dignidad no solo será exigible del primero, sino de todos los componentes de esa sociedad, sin perjuicio de que al Estado le corresponda el establecimiento de las reglas y la garantía de su salvaguardia; la última se referiría al respeto de los aspectos más intrínsecos a la persona, al respeto de la persona en cuanto tal. Esos significados pueden entenderse como complementarios.

I

LOS DERECHOS DEL CEDH Y LA DIGNIDAD HUMANA.

En casi todos los derechos contenido en el CECH objeto de estudio por el TEDH es posible encontrar referencias a la dignidad humana: Art. 2: “El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley...”; Art. 3: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a tratos inhumanos o degradantes”; Art. 5: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad...”; Art. 4: 1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre. 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio”; Art. 6: Derecho a un proceso equitativo; Art. 7: No hay pena sin ley; Art. 8: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia” Art. 10: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión...”; Art. 14: Prohibición de discriminación. Incluso se ha pronunciado en torno a la protección de determinados derechos sociales para afirmar que el TEDH aprecia que contar con un mínimo vital va aparejado con la dignidad, pero escapa a sus competencias garantizar ese aspecto, salvo supuestos en los que la conducta del Estado -ya sea activa ya de deber de reparación de daños producidos por terceros- puedan subsumirse en el ámbito del Art. 3 CEDH.

En algún caso se ha referido a la posibilidad de renuncia a los derechos, posibilidad admitida siempre que se constate que se ha efectuado libremente; sin embargo, la niega en determinados supuestos el TEDH precisamente por la imposibilidad de renunciar a la dignidad humana. De esta forma, el respeto de la dignidad humana trasciende la voluntad del individuo y conlleva una dimensión objetiva que el Estado se verá obligado a salvaguardar, de manera que también alcanzaría a la protección de la sociedad frente a ella misma, en particular en aquellos casos en los que estuviera en juego la protección de minorías o de personas desfavorecidas.

El análisis anterior lleva a destacar la incidencia del concepto de la dignidad humana con respecto en particular a la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes: Cualquier tipo de agresión física, excepto la estrictamente necesaria (por ejemplo para evitar una huida en una detención), tiende a considerarse vulneración de la dignidad humana, con independencia del tipo de agresión y de la intención del que la inflige. La intensidad con la que se



defiende la prohibición de tortura y de tratos inhumanos y degradantes y la especial vinculación establecida entre este derecho y la dignidad humana permite que pueda abrirse un capítulo específico de la dignidad en torno a la protección de este derecho, que revista carácter absoluto. De esta manera se subraya que: a) el Estado ha de procurar la salvaguarda de la dignidad no solo frente a la actuación de sus agentes, sino también en las relaciones entre particulares, incluso incidentales (caso *Georgel y Georgeta Stoicescu v. Rumanía*); b) El ejercicio legítimo de la coacción física que se le atribuye al Estado habrá de ser respetuoso con la dignidad humana y ejercer esa fuerza frente a otros que vulneren derechos de terceros; c) todos los Estados implicados en una vulneración tendrán la obligación de repararla, sin poder rechazar esa obligación por derivarla a un tercer Estado que diera origen a la vulneración o la culminara (*M.S.S. c. Bélgica y Grecia, o Rantsev c. Chipre y Rusia*, por ejemplo); d) Con respecto a determinados derechos -Arts. 3 y 4 CEDH-, no se admiten excepciones, ni siquiera en supuestos en los que podrían estar en juego derechos de otras personas; e) la obligación del Estado no se limitará al respeto de los derechos y, por ende, de la dignidad humana, sino que abarcará igualmente la obligación de investigar cualquier denuncia para eliminar por completo cualquier sospecha.

A partir de estas consideraciones, cabría plantearse si la única referencia a la ‘dignidad humana’ absolutamente intangible es la vinculada al art. 3 CEDH, puesto que es en esos casos donde el TEDH manifiesta que no cabe margen de apreciación del Estado, ni referencia a supuestos, siquiera graves (como el terrorismo) que puedan abrir la puerta a admitir tratos inhumanos o degradantes. Sin embargo, un análisis cuidadoso nos lleva a comprender que el TEDH solo invoca la ‘carga pesada’ que supone la referencia a la dignidad humana cuando se enfrenta a las lesiones de derechos más graves, y de esta forma protege la utilización del término, evitando la banalización del término que se ha producido por parte de diferentes tribunales.

II

LA DIGNIDAD HUMANA EN EL TEDH

Es conveniente hacer referencia a dos cuestiones previas: una con respecto a la titularidad: los titulares de la dignidad humana por regla general son los individuos, pero en ocasiones, ante determinado tipo de vulneraciones, el TEDH ha considerado sujetos igualmente a grupos, en particular en supuestos en los que se aprecia discriminación por razón de raza o etnia, donde, en buena parte de ellos subyace una vocación de generalidad que resulte aplicable a todos los casos iguales o similares que puedan plantearse, de modo que incluso en casos en los que no llega a apreciarse vulneración, se contienen recomendaciones para erradicar cualquier atisbo de discriminación (*Sejdic y Finci c. Bosnia-Herzegovina*) o para evitar discriminaciones futuras (como, entre otros, en *Orsus y otros c. Croacia*). Ese carácter general presente en este tipo de asuntos ha llevado a reconocer una legitimación para recurrir a una persona sin afectación directa en representación de un colectivo (*Aksu contra Turquía*). Este reconocimiento abunda en la idea de resaltar el concepto de dignidad humana como un concepto generalizador, común a todos los individuos.

La otra precisión previa gira en torno a los límites temporales entre los que defenderá la dignidad de la persona: el TEDH defiende la dignidad a partir de la existencia de la persona, esto es, desde el nacimiento, sin extender la misma protección al *nasciturus* (sin perjuicio de que se le ofrezca otro tipo de protección). Por otra parte, en lo que se refiere al fin de la vida, el TEDH es favorable al respeto de la voluntad de los afectados, precisamente en aras de la protección de la



dignidad humana, si bien permite un amplio grado de apreciación a los Estados en torno a la aceptación de la eutanasia y sus condiciones. No obstante, las cuestiones del aborto y de la eutanasia son abordadas por el TEDH no en el marco del art. 2 CEDH (derecho a la vida), sino del art. 8 (derecho a la vida privada), de manera que salva así los espinosos problemas planteados ante otras jurisdicciones. Sobre la pena de muerte, aunque admitida por el art. 2 CEDH y con recelos por el TEDH -pero 'consentida' precisamente por los términos del citado precepto-, la entrada en vigor del protocolo núm. 6 (interdicción de la pena capital) ha conllevado la asunción de una defensa más rotunda del derecho.

En lo que respecta al significado de 'dignidad humana', el TEDH ha buscado un concepto trascendente a los diferentes derechos del CEDH, pero también -y eso es seguramente lo más significativo- a las diferentes corrientes jurídicas presentes entre las Partes contratantes, cuestión ésta que se ha hecho más necesaria a medida que aumentaban dichas partes contratantes, cada una con su propio sistema jurídico y además con muy distinto grado de protección de derechos. Las alusiones a la dignidad como la esencia del CEDH y de sus derechos vienen motivadas por esas disparidades entre los Estados y la necesidad de encontrar un núcleo común e incontrovertible.

En esta línea, cabe apreciar cómo el concepto de dignidad humana ha servido como factor uniformador frente a los Derechos internos, ya sea como llamada de atención para los Estados y como forma de erradicar peculiaridades (*Tyrer c. Reino Unido*) o como forma de denunciar actuaciones supuestamente justificadas por situaciones de emergencia de los Estados (entre otras, *Dikme c. Turquía*). La apelación a la dignidad buscaría no solamente la defensa del individuo o la reparación del daño causado sino la exigencia de salvaguardia de los derechos de la CEDH con indiferencia hacia los particularismos o los problemas internos.

El TEDH se refiere a la dignidad humana como a la esencia del ser humano, que ha de resultar intangible para todos (incluso para sí mismo, en ciertos casos). En principio, esa intangibilidad revestirá un carácter material, impidiendo cualquier actividad que conduzca a la muerte o a un daño físico que no resulte estrictamente necesario y proporcional a la luz de las circunstancias. La protección de la dignidad, llevará aparejada en estos casos otras obligaciones para el Estado como es la de investigar toda denuncia de agresiones que se consideren contrarias al Convenio. En esa referencia a la esencia se entenderán igualmente proscritas todas aquellas conductas tendentes a causar un sufrimiento psíquico o moral. En estos supuestos, pues, se busca proteger la intangibilidad de la persona, en su doble dimensión física y psíquica, de toda agresión o intervención efectuada en contra de la voluntad de la persona, por lo que los elementos necesarios para determinar la existencia de lesión serían que se hubiera producido agresión y ausencia de consentimiento, si bien la presencia de tal consentimiento en ocasiones no bastará para descartar la vulneración.

En la apertura de la utilización de la dignidad más allá de la protección de la integridad personal, la dignidad está íntimamente a la libertad. La falta de voluntariedad - o una manifestación de voluntad sin un grado suficiente de libertad o sin los debidos conocimientos- puede menoscabar la dignidad, como igualmente la prohibición o las limitaciones irrazonables al ejercicio de la libertad. El TEDH se muestra tajante en la defensa de tal respeto a la autonomía, si bien en ocasiones limita ésta, precisamente en defensa de la dignidad.

Por otra parte, el TEDH se enfrenta con frecuencia al problema de las grandes desigualdades sociales, las cuales inciden en la dignidad desde dos ángulos, respeto y autonomía, puesto que a menudo las vulneraciones de derechos de minorías o de discapacitados que suponen un atentado a la dignidad (en el sentido del respeto debido) a las personas o grupos, a



la vez que los degradan, contribuyen a disminuir su grado de autonomía.

En todos los supuestos la dignidad en juego sería la dignidad individual, sin perjuicio de que las situaciones analizadas puedan reputarse como contrarias a la dignidad humana con un alcance general. La búsqueda de la generalidad se plantea igualmente en aquellos casos en los que la invocación de la dignidad humana se efectúa en defensa de ese carácter común a todos los humanos por encima de las diferencias (principalmente) de carácter racial o étnico, pero también de otras como las derivadas de la identidad de género. En estos supuestos la dignidad humana es el argumento básico para destacar la obligación de tratar a todos por igual con independencia de que presenten características físicas diferenciadas de la mayoría; es decir, el TEDH refleja el binomio igualdad-dignidad.

En efecto, en los supuestos en que la dignidad se vincula a la igualdad, el acento se pone no tanto en la persona individualmente considerada (aunque también), sino en lo que iguala a todas las personas por encima de las diferencias de cada individuo, ya tengan estas un carácter más individual (por ejemplo en los supuestos de identidad sexual) o colectivo (tratos discriminatorios de carácter racial o étnico). Para el Estado supondrá la obligación de tratar igual a todos ciudadanos o, en su caso, a todos los que se encuentran en su territorio. Ya se trate de supuestos que afecten a la ciudadanía o a todos los residentes en el Estado (con independencia de su situación legal), la apelación a la dignidad significará destacar las notas comunes al ser humano, por encima de cualquier tipo de diferencias individuales o colectivas. En este sentido, es preciso traer a colación que la dignidad supone el elemento igualador de todos los seres humanos, pero también el elemento que permite destacar su singularidad.

Un supuesto algo especial lo constituyen los casos en los que el TEDH invoca una denominada ‘dignidad étnica’, cuando el concepto de dignidad adquiere una doble dimensión; por una parte, en el sentido de igualación de todas las personas, por otra, un significado que sería más fácil identificar un concepto de honor colectivo, aunque, en estos casos el honor también revestiría un significado igualador, debido a su carácter supraindividual. En estos supuestos en los que existe una afectación de la dignidad como honor, no obstante, se pone de manifiesto la tendencia a considerar la dignidad como medio para lograr una nivelación de rango hacia arriba, como medio de señalar la igualdad de las personas con independencia de su origen, al contrario de lo que sucedía en el pasado con la concepción de ‘dignidad’, cuando se aplicaba para distinguir a la nobleza, es decir con marcado carácter elitista. Sin embargo, el peso del elemento uniformador no borra la unicidad de cada persona. La referencia a la dignidad humana en estos supuestos en los que se busca superar una discriminación lo que hace es introducir un elemento igualador frente a las discriminaciones existentes dentro de los Estados, ya sean estas debidas a una acción directa de los poderes públicos o a la no intervención de los mismos frente a tratos discriminatorios en el seno de la sociedad.

Todo lo anterior nos recuerda que la dignidad humana es un concepto construido, no natural, de ahí las dificultades a las que nos enfrentamos a la hora de utilizarlo en defensa de los derechos. El TEDH cuenta con una dificultad añadida a la hora de definir la dignidad humana, consistente en que, si bien existe un acuerdo en el conjunto de condiciones que confluyen a la hora de efectuar dicha definición, en el ámbito del Consejo de Europa esas condiciones varían mucho de Estado a Estado (o, al menos, entre algunos de los Estados miembros). La ventaja, por el contrario, radica en que el TEDH puede ir imponiendo (como hace) una concepción de la dignidad humana común a todos esos Estados y de esta forma lograr una mayor protección de los derechos del Convenio y, en particular, de sus destinatarios.



En ese sentido, la dignidad humana puede asumir igualmente un valor como superadora de las diferencias entre diferentes culturas y como medio de prohibir determinados actos justificados hasta entonces por la cultura o la tradición. Este hecho se pone especialmente de relieve con respecto a prácticas que afectan a la integridad de las personas como la ablación del clítoris de las niñas, pero podría extenderse a cualquier otro supuesto en el que cupiera apreciar vulneración de la dignidad personal.

De todo lo anterior se desprende que, salvo excepciones, el TEDH ha hecho un uso contenido del término 'dignidad humana'; de ello podría interpretarse que se ha querido evitar su banalización. En este sentido puede apreciarse, cómo esta contención se ha mantenido a lo largo del tiempo y cómo, incluso con respecto a los derechos en los que se ha puesto de relieve esa mayor vinculación con el término, como es el Art. 3 CEDH, su uso explícito ha solido reservarse para las violaciones más graves, de mayor trascendencia o con las que se buscaba una motivación generalizadora. Cabe entender, pues, que se ha buscado subrayar la esencialidad del concepto y de su significado, además de que resulta más fácil, destacar el contenido y alcance de la dignidad al enfrentarse a su vertiente negativa (prohibición de tratos inhumanos, por ejemplo), que a su vertiente positiva, propia de los mandatos de optimización (por ejemplo, en torno a la igualdad). En cualquier caso, de nuevo hay que traer a colación las palabras del TEDH de que la dignidad está en la base de todos los derechos, de tal forma que aunque la dignidad es aquello para lo que sirven algunos de los derechos, constituye la base de todos ellos.

III

CONCLUSIONES

A la luz de todo lo anterior, el significado para el TEDH de la dignidad humana podría sintetizarse de la siguiente manera:

La dignidad humana ha tenido para el TEDH un carácter hermenéutico, de tal forma que podría afirmarse que la utilización que ha hecho de la misma ha sido similar a la que impone el art. 10 CE, si bien es preciso recordar que el CEDH no recoge tal previsión.

La dignidad humana constituye el sustrato al que se reconducen todos los derechos incluidos en el CEDH.

La dignidad humana subraya la intangibilidad física y moral de cualquier ser humano. Por este motivo, los derechos contenidos en el art. 3 CEDH tienen un carácter absoluto y las conductas que supongan daño para los individuos podrán ser proscritas incluso mediando consentimiento.

El reconocimiento de la dignidad humana a cada individuo introduce un elemento clave en la lucha contra las discriminaciones ya sea frente a minorías o personas que se encuentren en una situación de inferioridad, puesto que la alusión a la dignidad humana impone el elemento que iguala a todos los individuos por encima de sus (supuestas) diferencias.

En los casos en los que la dignidad se vincula al individuo aisladamente considerado, se busca destacar la intangibilidad del ser humano frente a los ataques de terceros, ya sean Estado o particulares, esto es, la individualidad de la persona, lo que la hace trascendente desde un punto de vista metafísico; la importancia de la persona por el mero hecho de serlo. Pero no solo eso, de igual forma se subraya la libertad individual, salvo en aquellos supuestos en los que la libertad quiera



emplearse para quebrar la intangibilidad física o mental de la persona, es decir para anular su dignidad.

En definitiva la dignidad humana es el concepto que sirve como aglutinador de los derechos del CEDH, a la vez que destaca el valor del individuo como sujeto de la acción y protección por parte del Estado.

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESORA GLADYS CAMACHO C: Muchas gracias, profesora Ascensión Elvira.

Vamos a continuar con las exposiciones, y después de las tres intervenciones, vamos a dar un tiempo para las preguntas.

Creo que han surgido temas interesantes, que por lo menos inquietan y llaman a pedir la opinión después de los expositores.

Va a continuar con el tema, siempre en el marco del tratamiento jurisprudencial de la noción de la dignidad humana, el profesor Gonzalo García, quien va a tratar la Dignidad Humana en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El profesor Gonzalo García es profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Alberto Hurtado, con quienes estamos haciendo el seminario en conjunto. Como ustedes todos ya conocen, actualmente él es Ministro del Tribunal Constitucional. Con él estamos ahora en mayoría aquí los de la Universidad Carlos III, porque también ha hecho su doctorado en la Universidad Carlos III. Antes también ha desempeñado cargos que se pueden llamar de Alta Dirección Pública, por lo que también su experiencia práctica en lo que denominamos servicio público es bastante amplia.

Adelante.

PROFESOR GONZALO GARCÍA P.: Gracias por la presentación.

Para mí de verdad es un motivo de gran satisfacción estar en este panel, por los amigos que nos acompañan, en particular la delegación española comandada por la profesora Ascensión Elvira y por los profesores Ricardo Chueca y Gonzalo Arruego, y por el tema que ellos plantean magníficamente en este libro, que realmente hace a los efectos de un lanzamiento en sede chilena de este libro texto de Dignidad Humana y Derecho Fundamental, recientemente publicado por el Centro de Estudios Constitucionales.

Agradezco primero la oportunidad que este libro y esta visita me ha implicado respecto de pensar con mayor profundidad el tópico de la dignidad humana, y en ese tópico uno puede encontrar algunas cuestiones que son bastante esenciales para efectos de nuestra discusión. Uno es la enorme presión moral que tiene la discusión sobre dignidad humana y cómo se introduce metanormativamente, de manera permanente en nuestras discusiones de naturaleza jurídico-constitucional.

Ésa es una cuestión que es muy difícil de soslayar, porque está tentación de aislar el principio de dignidad humana respecto de sus consideraciones morales, es bien complejo y creo que acompaña a todos los operadores, a los juristas y a los jueces que tienen que decidir en torno a este principio.

Ahora, en función de eso evidentemente que hay una historia en torno al concepto de dignidad humana, y esa historia creo



que tiene efectos. No voy a explicar la historia larga, sino que simplemente explicar un efecto en torno a la determinación del principio de dignidad humana como dos fuentes: una línea internacionalista que se conecta inmediatamente con la reacción de posguerra en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos, que es una línea que establece el principio de igual dignidad y derechos, pero que lo establece en sede internacionalistas. Y eso tiene importancia porque en sede internacionalistas a fines del 40 y comienzos del 50, era una sede más bien altamente retórica, con una determinación de valores y principios mínimos civilizatorios, pero con un contenido jurídico-constitucional relativamente poco práctico, o de una vigencia que siempre tenía complejidades a la hora de tener una aplicación en el mundo del derecho.

Hay otra línea que se inaugura también con la postguerra, que viene un poquito de lejos, pero que es la reacción alemana a la dimensión jurídico-constitucional, con el establecimiento de una noción fuerte de dignidad humana en el artículo 1.1 de la Constitución Alemana y en el 79.3, como contenido intangible de la Ley Fundamental de Bonn.

Creo que esas dos líneas tienen referencias porque en realidad Chile, a partir de su reincorporación de este texto en el Artículo Primero, Inciso Primero de la Constitución, más bien sigue la tesis internacionalista, y esa cuestión tiene efectos, porque cuando uno verifica metodológicamente cómo se utiliza el principio de dignidad humana, uno puede encontrar usos metodológicos muy diferentes.

Primero, la dignidad humana uno la puede encontrar como criterio de interpretación. En segundo lugar, lo puede encontrar como principio distintivo del ordenamiento constitucional. En tercer lugar, lo puede encontrar como fundamento de la universalización de todos los derechos fundamentales y, por ende, no siendo derecho es el fundamento de todos los demás derechos, o finalmente como un criterio de ponderación para la resolución de conflictos en materia de derechos fundamentales.

Cuando uno mira estos diversos usos funcionales del principio de dignidad humana, encuentra que algunos tienen mayor asidero que otros en el orden jurídico nacional. Entonces, por ejemplo, es evidente que por la sola incorporación de este artículo en las bases de la institucionalidad, el principio de dignidad humana opera como un criterio interpretativo sustantivo, como es cualquier otro criterio de las bases de la institucionalidad para entender todo el ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, ¿es principio distintivo de todo el ordenamiento? Creo que desde algún punto de vista efectivamente es un principio, pero no tiene el correlato de la fuerza que lo tiene en el orden jurídico constitucional alemán, en el sentido de que aquí se debate hasta dónde alcanza la naturaleza de este principio, y uno de los mejores ejemplos para verificar que es un principio de “menor alcance” es que no entra a compararse con la manera en que se reiteran las citas sobre libertad o igualdad. Dignidad va por muy de lejos en la aplicación de un criterio o un principio axial en el orden jurídico por parte de los operadores. Es una constatación meramente cuantitativa. Es absolutamente claro que va muy de lejos respecto del debate sobre principios de libertad e igualdad.

Una tercera perspectiva debe ser el fundamento universalista del principio de dignidad humana detrás de todos los derechos fundamentales. Aquí también tenemos algunas dificultades, porque es evidente que el principio de dignidad humana, y creo que así lo entiende buena parte de la doctrina nacional, está detrás y dimana de todos los derechos fundamentales.



Sin embargo, cuando se entran en los conflictos precisos, se entra a cuestionar un elemento que es bien sustantivo. Hay cierta conexión del principio de dignidad humana con mayor fortaleza a algunos derechos constitucionales. En particular, y en esto viene desde la tradición alemana, su conexión íntima de la dignidad humana con el libre desarrollo de la personalidad.

Pues bien, ¿en Chile existe el libre desarrollo de la personalidad? Evidentemente que como derecho constitucional explícito no existe, pero se ha debatido la naturaleza implícita a partir del Artículo 19, N°4, el derecho y respeto a la vida privada, y el artículo 19 Número 7 sobre el derecho a la libertad personal. Y hay disputas jurídicas en sede constitucional que han llevado a devaluar la existencia del principio de libre desarrollo de la personalidad, justamente para no verificar un alcance completo del principio de dignidad humana. Entonces, tenemos algunas dificultades que voy a ejemplificar después con algún caso.

Finalmente, respecto del criterio de uso, de funcionalidad, como criterio de ponderación a la hora de resolución de conflictos, si bien se citan las argumentaciones jurídicas por parte de diversos tribunales, normalmente no es un uso esencial al efecto de resolver un caso. Sin embargo, por ahí hay algún asunto bien complejo, en donde se utilizó como criterio de ponderación la dignidad humana. En este caso, en el caso de relaciones homosexuales consentidas entre un hombre mayor de edad y un menor de edad pero mayor de 14 años, con un criterio en donde se hizo verificable la constitucionalidad de la penalización de este tipo de conductas, apelando al criterio de dignidad humana, porque se pasaba a llevar “la dignidad humana” de aquel menor de edad, apelando al final al criterio de interés superior del niño como el criterio decisivo, pero era la dignidad humana de uno versus otro la que estaba en juego, y se utilizó ese mecanismo para resolver ese caso.

Ahora, dichas estas cuestiones metodológicas, me lleva a la reflexión una cuestión que francamente es compleja, que es ¿cómo la legislación nuestra cita las referencias sobre el principio de dignidad humana y en qué contexto las cita a la hora de resolver este tipo de dilemas?

La legislación nacional en general reivindica el bien jurídico “dignidad humana” en múltiples textos. Sobre todo en el último tiempo los va a reivindicando cada vez más, pero lo reivindica primero en una conceptualización que yo creo que parece relativamente alejada de la determinación que uno supondría sobre los principales conflictos morales que se tienen cuando se habla de dignidad humana. En ese sentido, me llamó la atención que las referencias que el legislador ha hecho sobre el principio de dignidad humana, se presentan en contextos muy distintos. Y aquí yo quiero hacer un ejercicio de taxonomía respecto de en qué contextos se presenta por parte del legislador para entrar a mirar algunos casos.

Por ejemplo, está claramente el principio de dignidad como dignidad en el trato como indemnidad corporal. Lo encontramos en legislaciones tan curiosas como la legislación de derechos del consumidor, a objeto de que los servicios de vigilancia en la prestación de un servicio de consumo, cuando haya supuestos de conflicto de seguridad respecto de un consumidor específico, no afecte la dignidad corporal.

También lo encontramos en casos bastante más claros en una ley que reformó y modernizó el sistema militar obligatorio, relativo a tratos injustos y a vejámenes que en algún momento fueron objeto algunos conscriptos. También se encuentran en reglas procesales a efectos del tratamiento al interior de un procedimiento penal o de los procedimientos propiamente penitenciarios.



Hay una segunda categoría, que tiene que ver con la dignidad como interdicción de la exhibición de la deshumanización sin sentido. Esta categoría la explico en este sentido, pero me llamó la atención encontrar al menos tres referencias legislativas sobre la importancia que tiene la demostración pública de actos vejatorios en contra de la dignidad.

Es así como en la televisión abierta, en la legislación que regula la expresión sobre el correcto funcionamiento de la televisión con cargo a las facultades del Consejo Nacional de Televisión, una de sus facultades es justamente garantizar la no afectación del principio de dignidad humana. Lo que hay ahí es el intento de regular y contener las exhibiciones que afecten esta dignidad. Y es curioso que cuando uno analiza las sanciones administrativas del Consejo Nacional de Televisión, el primero o segundo lugar, dependiendo los años, pero está en el primerísimo de los lugares las determinadas sanciones que justamente consistieron en vejaciones a la dignidad de las personas en múltiples programas, que van desde la mañana, programas matinales, hasta la noche. Hay criterios muy complejos que no me da el tiempo para ir verificando alguno de esos elementos.

También son interesantes las reglas relativas a la normativa sobre calificación cinematográfica, que justamente lo que buscan es evitar contenidos excesivamente violentos que induzcan conductas agresivas que lesionen la dignidad humana.

Sobre este punto realmente no hay mayor debate, porque sobre calificaciones cinematográficas no conocemos después que se acabó con los regímenes de censura cinematográfica, no conocemos mayores criterios que importen la aplicación en un sentido o en otro.

Finalmente, lo dispone como tarea del Servicio Nacional de la Mujer, el trabajo permanente para promover a la contribución de los medios de comunicación que erradiquen la violencia contra la mujer, y realzar el respeto de la dignidad. Hay una dimensión que ahí está muy presente.

Un tercer criterio es la dignidad como igual trato para la integración social. Y aquí encontramos este tipo de criterios en la legislación sobre responsabilidad penal adolescente, y evidentemente los discapacitados que requieren un proceso de integración en torno a su dignidad humana.

Un cuarto criterio tiene que ver con la igual dignidad como no discriminación. La igual dignidad como no discriminación la encontramos también en las dimensiones de la ley de discapacitados, pero para efectos muy precisos, para efectos de garantizar que las personas con discapacidad no sean objeto de atentados discriminatorios en contra de su dignidad, particularmente por cuestiones relativas al acoso.

De la misma manera, en el ámbito escolar la ley de inclusión escolar recientemente dictada, tiene también dimensiones sobre los acosos en el orden escolar, que afectan la dignidad de las personas.

También tenemos como criterio de no discriminación la ley sobre ADN y los registros de ADN, de tal objeto que estos registros no generen un efecto de discriminación de una particular fuente de discriminación o estigmatización.

Como quinto criterio, tenemos la dignidad como autonomía y libre desarrollo de la personalidad. Y aquí tenemos un principio estructural del sistema escolar. Es el principio de dignidad humana en esta línea, claramente como pleno desarrollo de la personalidad humana.

También lo tenemos en el ámbito de los derechos y deberes de los pacientes, para efectos de determinar la autonomía



de la muerte digna hasta ese momento, en la determinación de la autonomía, un derecho a vivir con dignidad hasta el momento de la muerte, y también de llevarse todo tipo de empleos extraordinarios, de medidas de aislamiento, contención física o farmacológica, siempre con pleno respeto a la dignidad de las personas.

Después, tenemos un sexto criterio que es la dignidad como autonomía para mantener la indemnidad sexual. En ese sentido, hay legislación que verifica las reglas sobre la discapacidad mental, en particular de las mujeres, a objeto de que tengan un ejercicio de la libertad sexual y no intervenga el Estado de manera arbitraria en esa determinación. Y también en reglas relativas a propiamente la indemnidad en el caso de personas que están también sujetos a contratos laborales. Toda la legislación en contra del acoso sexual se inscribe en esta determinación.

Después, tenemos como séptimo criterio prestaciones mínimas, y en este caso se sale -creo yo- de lo común, aun cuando se enmarca dentro del ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las prestaciones mínimas para la digna subsistencia.

Aquí tenemos una legislación, que es la legislación sobre Ingreso Ético Familiar, que establece, curiosamente, subsidios por dignidad, así, bajo esta denominación, subsidios por dignidad. ¿A qué subsidios se refiere? Bueno, al pago del consumo de agua potable, servicios de alcantarillado, etcétera.

Un octavo criterio es la dignidad como cláusula limitativa de los poderes privados, que se da en el marco de los contratos de trabajo, a efectos de que los poderes empresariales no tengan una determinación agravante de la dignidad de sus trabajadores y también en el ámbito de las asociaciones, para que los asociados tampoco se vean agravados en su dignidad en el marco del ejercicio de esos derechos.

Hay más criterios y hay más legislación, pero con esto reagrupé algunas de las reflexiones que quería hacer.

Cierro con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es una jurisprudencia primero, en términos de cantidades, es una jurisprudencia que no es excesiva. Es un volumen bastante pequeño de casos en donde hay referencia sustantiva, definitiva, que aplican el principio de dignidad humana.

Tenemos casos que están sostenidos únicamente en la determinación del principio de dignidad humana, como por ejemplo el reconocimiento de la identidad personal a efectos de verificar las reglas de paternidad sin limitación legal.

En algún momento hubo una tendencia del Tribunal Constitucional a reconocer este principio sostenido en el criterio de dignidad humana, y emparentado con los tratados internacionales de derechos humanos. Hoy día no es la vigencia y no es la tesis predominante hoy en el Tribunal Constitucional.

Adicionalmente, se ha reconocido el principio de dignidad humana a efectos de la presunción de inocencia. Está bastante claro que la inocencia es capital a la hora de reconocer la dignidad humana.

También tenemos ejemplos en donde se reconocen las determinaciones en torno a la libertad sexual. Pero aquí los casos se determinan por reglas más bien de minorías. Es una discusión bien compleja en algunos casos en donde en materia de matrimonio homosexual, el Tribunal ha sostenido por la vía de las prevenciones, que está dentro de sus competencias del legislador la determinación de reglas relativas al matrimonio homosexual, que garanticen la dignidad de los homosexuales en su derecho al matrimonio.



Ahora, eso no ha sido aplicable como criterio general en algunos otros casos, en donde más bien ha habido minorías relevantes en la determinación, por ejemplo, de la causal de divorcio culpable por conducta homosexual, en donde no se ha determinado la inconstitucionalidad de esta conducta, y en donde justamente uno de los argumentos ha sido que frente a ilícitos civiles, la conducta homosexual no es un atentado a la determinación propiamente de la dignidad y de la libertad de estas personas, porque no tienen otra opción desde ese punto de vista.

Finalmente, el Tribunal ha extendido algunos criterios y valoraciones sobre las cuestiones relativas a las injurias que afectan el honor y la dignidad de las personas, y más bien el Tribunal ha ponderado el artículo 2331 del Código Civil, declarando de manera bastante sistemática, para efectos de los casos concretos, su inaplicabilidad por generar efectos en contra de la dignidad de las personas que son injuriosamente agraviadas por parte de expresiones deshonrosas.

Yo diría que hay un conjunto de temas que nos deja abierto el debate que viene de una reflexión doctrinaria y que viene de nuestra propia legislación. Ese debate abierto tiene que ver con algunos reconocimientos positivos de la dignidad humana, en términos de prestaciones relativas al trato, al trato digno, y hay algunos ejemplos importantes relativos a la jornada laboral extensísima de los choferes de buses interurbanos y algunas otras cuestiones relativas a la dimensión propiamente social.

Sin embargo, en las dimensiones propiamente más morales, deja abierto un conflicto y alguna reflexión que probablemente se retome a raíz de la consideración sobre dignidad humana en torno a la condición del embarazo y propiamente el estatuto del feto en esa condición, que el Tribunal lo ha reconocido formalmente como persona bajo esta condición.

Cierro esto cierro. Aquí hay una serie de problemas jurídicos que más bien creo yo hacen que el Tribunal a veces aplique no integralmente el criterio de dignidad humana, aplicando las tesis de la igual dignidad o de la libre dignidad y desarrolla, en algunos casos, la tesis más bien cercanas a los tratos, más que cercanas a la autonomía que se deriva de la propia dignidad.

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESORA GLADYS CAMACHO C.: Muchas gracias, profesor García.

Vamos a continuar entonces con el tercer tema del panel, que trata sobre la Dignidad Humana en la Jurisprudencia de la Corte Suprema. Para ello, vamos a tener la intervención del profesor Enrique Navarro Beltrán, profesor titular de Derecho Constitucional de nuestra Universidad en la Facultad de Derecho.

El profesor Navarro ha ejercido en su momento como abogado del Servicio de Impuestos Internos, y también fue designado por el pleno de la Corte Suprema como Director de Estudios de la misma.

Ha sido Ministro del Tribunal Constitucional entre los años 2006 y 2012, y Director del Departamento de Derecho Público de nuestra Facultad. Es autor de diversos artículos en materia de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo Económico e Historia de las Instituciones, tanto en revistas nacionales como extranjeras.



También ha redactado numerosos informes en derecho sobre dichas materias. Actualmente, lo tenemos en la calidad de profesor y académico muy respetado en nuestra Facultad.

Adelante.

PROFESOR ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN: Muchas gracias.

Aprovecho de saludar también a nuestros invitados españoles, de Madrid, Zaragoza y La Rioja. Esta última es especial para mí, dado que mis ancestros son de esa zona, riojanos por los cuatro costados, así que vayan los saludos a ellos, y además a quienes nos acompañan acá.

Ya Cicerón, fijense ustedes, enunciaba la igualdad, la dignidad social, la igualdad. Decía Cicerón que la igualdad misma es desigual cuando no se conocen grados de dignidad.

El tema de la dignidad, como se sabe, se ha asociado a una discusión muy larga en la historia de las ideas. El propio cristianismo lo ha asociado a la concepción del hombre hecho a imagen y semejanza de Dios, en esa vertiente. Y hay una vertiente también racionalista, kantiana.

Kant señala que la humanidad misma es dignidad, porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre, ni por otros, ni siquiera por sí mismo, sino siempre a la vez como fin. Y en esto consiste, precisamente, su dignidad. La personalidad en virtud de la cual se eleva sobre todas las cosas. Precisamente, el fin del ser humano.

Más recientemente, Dworkin, por ejemplo, lo limita en el sentido que la dignidad se vincula al derecho a no sufrir la indignidad, a no ser tratado de manera que en sus culturas o comunidades se entienda como una muestra de carencia de respeto.

Como se ha señalado acá, la referencia a la dignidad tiene también un amplio desarrollo en el Derecho Constitucional comparado. Se ha señalado, por ejemplo, que la primera Constitución en regular esto precisamente es la Constitución de Irlanda en 1937, que expresa que la dignidad del hombre es intocable. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder estatal.

Sabemos, a su vez, que la Constitución Alemana de postguerra, sin duda fue un referente en materia de derecho comparado. En el Artículo Primero, como se ha señalado, se establece que la dignidad del hombre es inviolable. Respetarla y protegerla es obligación de todos los poderes del Estado.

Fijense ustedes que es similar a la redacción anterior, y como consecuencia de eso el Tribunal Constitucional, por ejemplo, ha señalado, dado que como se plantea es un principio que incluso no puede ser modificado, que en las fórmulas generales como las que prevén que los seres humanos no pueden ser degradados al ser tratados por el poder estatal como un simple objeto, establecen las directrices que sirven para determinar los casos en los que se da una violación de la dignidad humana. No pocas veces el ser humano se vuelve como un simple objeto.

Esa ha sido la mirada que ha señalado el Tribunal Constitucional sobre este punto, en los tratamientos abyectos incluso, y también en su momento se ha señalado que el núcleo de la dignidad humana se ve conculcado si se obliga, por ejemplo, al condenado, independiente del desarrollo de su personalidad, a abandonar toda esperanza de volver a obtener su



libertad. O sea, esa mirada también en el ámbito del Derecho Penal, sin duda que el Tribunal Constitucional alemán la ha desarrollado. Son innumerables los razonamientos que dicho Tribunal ha invocado como un argumento adicional la protección a la dignidad.

En el Derecho Comparado, si miramos, por ejemplo, tanto a Europa como América, las constituciones consagran este principio. Lo consagran la Constitución griega, la Constitución de Portugal, la de Suiza, la de España. Y en el ámbito americano también consagran este principio, particularmente incluso algunas que han sido objeto de reformas.

Por ejemplo, la Constitución mexicana, que en el año subsiguiente cumplirá 100 años, le incorporó una reforma el año 2001, en virtud de la cual se establece precisamente la circunstancia que queda prohibida toda discriminación motivada por el origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, de salud, de religión, opiniones, las preferencias, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de la persona.

Se trata, entonces, como se aprecia, de un principio de carácter general que se ha desarrollado en la jurisprudencia con bastante fuerza en el ámbito americano. En la Corte Interamericana se ha desarrollado también como consecuencia que en los pactos se reconoce como principio fundamental también la dignidad de la persona, y también en las cortes europeas, como la profesora Ascensión Elvira lo explicaba con gran detención, y también en la jurisprudencia interamericana.

El propio Tribunal Constitucional ha señalado que la dignidad es un principio capital de nuestra Constitución, es la cualidad del ser humano que lo hace acreedor, siempre, de un trato de respeto. Es la fuente de derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados. Se trata de un principio -ha dicho- matriz del sistema institucional vigente. Y como lo explicaba también el profesor Gonzalo García con gran detención, se ha asociado a distintos derechos fundamentales.

De la revisión, a su vez, de la jurisprudencia de la Corte Suprema en los últimos cinco años, uno puede encontrar distintas decisiones del máximo tribunal vinculadas también a este concepto de la dignidad humana. Yo simplemente he sistematizado siete casos.

En primer lugar, en relación a los delitos de lesa humanidad, los delitos de lesa humanidad, injustos que no sólo contravienen -ha dicho la Corte- los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes, sino que al mismo tiempo supone una negación de la personalidad moral del hombre, de suerte tal que para la configuración de este ilícito existe una íntima conexión entre los delitos de orden común y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio de la dignidad de la persona, porque la característica principal de esta figura es la forma cruel con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que contrarían de manera evidente y manifiesta con el más básico concepto de humanidad, destacándose también la presencia del ensañamiento como una especial clase de individuos, conjugándose así un eminente elemento intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad agente.

En definitiva, la Corte Suprema señala en diversas sentencias en los últimos años que este tipo de delitos constituye un ultraje a la dignidad humana, y representa una violación grave y manifiesta a los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en otros instrumentos internacionales.

Esto, como lo señalaba, en diversas decisiones de ámbito penal, la Corte Suprema lo ha reafirmado. Precisamente, estos crímenes de lesa humanidad, estos injustos que incluso ha precisado la Corte Suprema que están sujetos a principios



generales, como la circunstancia de que no sean prescriptibles, la imposibilidad de amnistiarlos y de consagrar excluyentes de responsabilidad a quienes pretenden impedir la investigación y sanción de los responsables de tan graves violaciones a los derechos esenciales, tales como la tortura, la ejecución sumaria, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Ésa es una primera mirada que ha sido desarrollada muy fuertemente en los últimos años, especialmente por la Segunda Sala de la Corte Suprema Penal.

En segundo lugar, se aprecian también sentencias y decisiones en relación al daño moral y a procedimientos disciplinarios, incluso vinculados a la falta de servicios en sentencia pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, Sala Constitucional y Contencioso Administrativa. Así, se ha señalado, por ejemplo, que de la lectura de un determinado recurso, se aprecia una conducta imputable a gendarmería, asimilable a la falta de servicio.

A este respecto, cabe recordar que la falta de servicio consistió -dice- “en el defectuoso servicio, aún más de mala fe, de la potestad disciplinaria de que estaba investido el jefe superior de la institución, al involucrar en un sumario administrativo a un funcionario público, que de antemano sabía que no tenía participación en los hechos ilícitos”.

Vale decir, “el organismo actuó irregularmente en la instrucción y tramitación del sumario administrativo, que incluso significó la aplicación sin fundamento de la medida suspensión preventiva de funciones por casi un mes, y la falta de cumplimiento de los plazos legales que reglan la duración de los sumarios, manteniendo en suspenso la precaria situación de sumariados, más allá de los mismos”.

En relación a este punto, uno de los fundamentos se vincula a lo siguiente. Considerando la lesión del interés jurídicamente grave, se puede llegar a la compensación del daño no patrimonial, no sólo por el dolor o sufrimiento que se padece; lo recién consignado se tiene en cuenta para concluir que la aseveración del recurso corresponde a una visión reduccionista del daño moral, pues el daño extra patrimonial protege, más allá del *pretium doloris*, que es el dolor de una especie misma. Así, por ejemplo, si la víctima ha sufrido un daño corporal, biológico, fisiológico o estético, o un daño a la dignidad o a otros derechos de la personalidad, debe ser indemnizado por concepto de daño moral.

Un tercer caso es el que uno aprecia en materia de recursos de protección y actuaciones de órganos de la administración. Por ejemplo, en relación al Consejo para la Transparencia, referidos a difusiones de deudas de impuestos municipales, en los que la quejosa es acreedora, y se estima por la Corte que transgrede el mandato constitucional, pues implica colocar en entredicho la protección de la vida privada de las personas.

En este caso, incluso, el Tribunal Constitucional lo que hace es remitirse a un fallo del Tribunal Constitucional, el Rol 943, que es uno de los primeros en que se analizó la inaplicabilidad del Artículo 2331, respecto al alcance de la indemnización del daño moral, entendiendo la dignidad en un sentido amplio.

Se ha señalado también por el Tribunal en diversas decisiones, que por ejemplo el envío de un correo a la clínica universitaria de la dirección antes precisada, como también es posible inferir que el que lo envió es la recurrida, toda vez que fue remitido a una dirección de correos que la individualice, cuyo tenor se explicita a partir de la conflictiva relación existente entre ambas, origina que la reclamada realmente es la cónyuge del padre de la hija de la enunciada.



Como lo ha establecido la doctrina, dice el Tribunal Constitucional, la honra tiene dos aspectos: uno subjetivo, que consiste en el aprecio que cada uno siente de sí mismo, y una objetiva, que es la reputación o buena fama que los terceros tienen de una persona, siendo esta última la amparada constitucionalmente, puesto que la primera queda en el fuero interno del sujeto. La acepción objetiva forma parte de la convivencia social y constituye la proyección de la dignidad de la persona, razón por la cual es regulada por el derecho.

Son distintos y muy variados los casos en donde en recursos de protección el Tribunal ha profundizado sobre las afectaciones a la honra. Por ejemplo, se ha señalado que resulta incuestionable que la mantención por parte del recurrido de expresiones lesivas para la honra del recurrente durante un tiempo indefinido, dentro de las páginas de un diario electrónico, de cuya edición es responsable, configura una manifestación abusiva al ejercicio de un derecho fundamental antes aludido, y por lo tanto queda marginado a la protección establecida en la Carta Política, que también se relaciona directamente con la dignidad.

En cuarto lugar, en el ámbito de la ley de competencias, sabemos que la Corte Suprema conoce los reclamos que se impetran respecto de las decisiones del Tribunal de Defensa de Libre Competencia, y en éste vinculado a temas de telecomunicación, la Corte Suprema señala que el derecho a la libre competencia, que como sabemos es vinculado al orden público económico, el derecho a la libre competencia no es absoluto, y tiene como límites los principios constitucionales de la dignidad humana y de la subsidiaridad, en cuanto el Estado debe crear las condiciones para hacer efectivo el acceso de las personas con menores ingresos por un servicio básico de tecnología, información y comunicación, ampliando progresivamente su cobertura. O sea, en ámbitos también de libre competencia se habla de la dignidad humana.

Incluso, en temas de orden público en general, también la Corte Suprema ha señalado que los elementos constitutivos del orden público, si bien son muy variados, se sustentan, en primer lugar, en la existencia de un orden jurídico constitucionalmente establecido y que representa una ecuación entre los valores que deben respetarse con miras a la dignidad de la persona humana y las exigencias del bien común, que son los factores que involucran beneficios en el orden privado y en la defensa del régimen jurídico.

Por otro lado, y para ir concluyendo, en el ámbito del debido proceso, también uno encuentra pronunciamientos por parte de la Corte Suprema, aunque en realidad no está tutelado por el recurso de protección por vía indirecta así se ha señalado.

Por ejemplo, se ha sentenciado que el respeto a la garantía al debido proceso, consistente en un derecho subjetivo fundamental que nuestra Carta Fundamental reconoce a la dignidad de la persona sometida a un procedimiento en que el Estado y sus órganos tienen el deber de respetar, sólo se encuentra garantizado a través de la acción de protección en su faceta respecto al órgano previamente establecido por la ley y que ejerza jurisdicción, cuyo es el caso del señor prefecto, razón por la cual estos juzgadores no divisan la manera en que el recurrido hubiese conculcado la garantía constitucional explicitada. Se refería a temas de pagos de remuneraciones por un prefecto de Carabineros. Pero lo que es relevante es la vinculación precisamente a este concepto de dignidad vinculado con debido proceso.

Por último, respecto de destituciones y dignidad, también la Corte Suprema ha señalado que una medida de destitución aparece como resultado de un sumario administrativo en el que se ha actuado arbitrariamente al ponderar las pruebas, omitiendo pronunciarse respecto de alguna de ellas y dictar una resolución en que no se concluye de las pruebas del sumario que afecta a derechos fundamentales del recurrente, no pudiéndose apreciar fundamento racional, por lo que



puede ser calificada de arbitraria una resolución administrativa cuya fundamentación es deficiente o cuando al menos es carente de sentido común, que es el menos común de los sentidos, como decía Chesterton, y que más grave es decretarla sin ponderar los medios probatorios tanto a favor como en contra del denunciado, que tal decisión afectara vulnerando, entonces, el principio del debido proceso y dejando en evidencia la arbitrariedad del actuar del ente recurrido, cometido posiblemente sobre una apreciación errada de los mismos.

En definitiva, se concluye que la actuación afecta severamente el derecho constitucional de asociación, el derecho al trabajo y la dignidad de la persona del recurrente, junto con otros derechos fundamentales, de manera que se acoge dicha acción vinculada precisamente a actuaciones referidas al fuero sindical.

Como puede apreciarse, en cuanto a la dignidad de la persona, la Corte Suprema la ha vinculado con decisiones referidas a recursos de protección, en casos de expulsión, en casos vinculados a la honra o a la intimidad, como a vinculaciones respecto al debido proceso, pero por lo mismo también es amplia, dado que las decisiones involucran resoluciones en el ámbito de la libre competencia, entendiéndose que el orden público económico también se asocia a la dignidad de la persona humana, y en el ámbito penal, como decíamos, en relación a los delitos de lesa humanidad.

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESORA GLADYS CAMACHO C: Muchas gracias, profesor Navarro.

Ahora vamos a dejar un tiempo para que se puedan formular algunas preguntas a los expositores, y poder generar una última discusión antes del café.

Vamos a presentar primero todas las preguntas, y seguidamente vamos a responderlas al final.

Primera pregunta

Soy estudiante de la Facultad, y mi pregunta es qué aporta el valor de la dignidad humana o el concepto de dignidad humana a los derechos fundamentales, porque a mí me da la impresión de que todos los problemas se pueden resolver por referencia a algún derecho fundamental en particular y no a la dignidad humana, y para eso voy a explicar en este sentido la pregunta, porque me parece que argumentativamente hablando, la dignidad humana funciona de dos formas.

Una, funciona tautológicamente. Esto significa que cuando se quiere definir lo que es dignidad humana, el Tribunal Constitucional ha dicho que dignidad humana es la cualidad según la cual todos tenemos iguales derechos. Y como tenemos igual dignidad, entonces tenemos iguales derechos. Por lo tanto, la definición queda coja porque lo único que se ha dicho es que tenemos iguales derechos porque tenemos iguales derechos, lo cual no dice mucho.

La segunda forma en que ha funcionado es lo que yo llamo un argumento declarativo, donde el juez señala que algo equis es contrario a la dignidad humana, que es la tesis que el Tribunal Constitucional ha usado para hablar de derechos implícitos, de derechos que no están consagrados en la Constitución pero aunque no estén consagrados, como yo juez creo que esto va contra la dignidad humana, lo protejo o lo reconozco sin necesidad de hacer referencia al texto positivo.



En la primera hipótesis, en la hipótesis de la tautología, si decimos que la dignidad humana son iguales derechos o igual libertad, o lo que sea, para qué hablamos de dignidad humana si podemos pasar directamente a hablar de igualdad, libertad, igualdad ante la ley, libre determinación de la personalidad, etcétera.

Y en la segunda, qué límites hay para reconocer cosas que el juez cree que son parte de la dignidad humana sin tener ningún tipo de referencia positiva.

Segunda pregunta

Soy Gabriel Álvarez del Departamento de Ciencias del Derecho de esta misma Universidad.

Me gustaría que respondieran acerca de que si han tomado la dignidad humana considerando el principio del trabajo decente, planteado por el profesor Somavilla, Director de la OIT.

¿A qué me refiero? En este momento se está dando una discusión muy grande a través de los profesores universitarios, sobre el asunto de determinados contratos, que es un tema no menor, porque los ingresos se ingresan tardíamente, entonces la capacidad de tener dignidad humana deja bastante que desear. Eso por un lado.

Por otro lado, hay un problema del trabajo decente y de las condiciones y el medioambiente de trabajo. Yo también trabajo en la Universidad de Santiago de Chile, que en este momento están en paro, y justamente uno de los petitorios que hacen los estudiantes para los profesores es que estén en salas que sean habilitadas como tales. Lamentablemente, las condiciones y medioambiente de trabajo dejan mucho que desear. Es uno de los planteamientos que se hacen contra el Rector Zolezzi.

Entonces, hasta qué punto tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema han tomado en cuenta el principio del trabajo decente, planteado por el ex Director de la OIT, Juan Somavilla.

Tercera pregunta

Mi nombre es José Zúñiga, soy periodista, y quiero hacerle una pregunta a la profesora Ascensión Elvira, que se refirió a la aplicación de la dignidad humana en casos extremos en los tribunales europeos, porque se habían dado muchos casos en que se había banalizado y me gustaría conocer, si es posible, algunos de esos casos que resultaron banalizados.

Cuarta pregunta

Mi Nombre es Alan Gómez, y quería preguntarle a la profesora Ascensión Elvira respecto al tema de dignidad humana en el área de la seguridad de las personas, con la proliferación nuclear de los Estados, y cómo se ha tratado el tema en la comunidad europea.

Al profesor Enrique Navarro le quería preguntar respecto a la dignidad humana en el orden público económico, tomando en consideración que en el aspecto bancario los altos intereses que impone el Banco Central y los bancos van en contra de tratados internacionales que prohíben la usura.

PROFESORA GLADYS CAMACHO C: Tiene la palabra la profesora Ascensión Elvira.



PROFESORA ASCENSIÓN ELVIRA PERALES: Respecto a la primera pregunta, posiblemente la más difícil de todas, lo siguiente.

Que hay una tautología es evidente, pero a partir de ahí, en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo cierto es que, como he venido diciendo, hace uso muy restringido del concepto de dignidad humana. Normalmente, va a recurrir a ella en aquellos supuestos que considera vulneraciones de derechos especialmente graves, a lo mejor no tanto por la afectación directa a la persona, -en algunos casos por ello- pero en otros casos por las repercusiones sociales que pueda tener. Por ejemplo, en el caso referente a determinados grupos o colectivos.

En segundo lugar, ahí también juega un papel fundamental el otro dato que he apuntado, aunque no me he metido específicamente, como es el de lograr una igualdad, y sobre todo evitar ciertas particularidades que puedan esgrimir los Estados para defender directas prácticas o determinadas conductas.

Es decir, he citado el caso de los castigos corporales en Gran Bretaña en los colegios, que han estado admitidos hasta fechas muy recientes. Pero también ha servido, por ejemplo, para evitar determinadas prácticas en el caso de la existencia de grupos terroristas en un determinado Estado, que si utilizamos fuerza en exceso precisamente porque estamos en unas circunstancias muy determinadas de emergencia. Bueno, pues ni en esos casos de emergencia. Entonces, para reforzar el argumento en esos casos y decir aquí no vale que tú esgrimas el margen de apreciación.

Por lo que se refiere a los derechos implícitos, ahí hay dos cosas. Una, en el caso concreto del Convenio Europeo, sino de la Constitución española, se entiende que no hay más derechos que los que están en la Constitución. Otra cosa es que es que en un determinado momento se les dé un contenido más amplio del que inicialmente se pensaba. De hecho, eso es algo que nosotros vamos a plantear en el siguiente proyecto de investigación.

En el caso del Convenio, en principio también solo en los derechos comprendidos, pero ahí sí -como también decía- está ese cajón de sastre del derecho a la vida privada, que en ocasiones ha admitido derechos que desde el luego no hay a primera vista, sino incluso con una apreciación más detenida, posiblemente consideraríamos que no se encuentra cabida ahí. Por citar un ejemplo que ha tenido grandes repercusiones en España, es el del derecho a un medioambiente limpio, se ha considerado incluido dentro de ese derecho a la vida privada. Pero siempre con los límites de que de alguna forma tengan encaje con alguno de los derechos.

Por otra parte y volviendo a lo de la tautología, lo cierto es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sí que lo ha vinculado con derechos y de alguna forma cuando ha utilizado esa referencia a la dignidad humana, ha sido como un poco de colofón y de límite último de hasta aquí podemos llegar. Pero desde luego siempre se ha vinculado directamente con los derechos.

El caso del Tribunal Constitucional español ahí es distinto. En el caso del Tribunal Constitucional español, lo ha utilizado con muchísima más generosidad, y en muchas ocasiones posiblemente habla de cualquier derecho de los que podamos encontrar en el catálogo de la Constitución Española, y dice la defensa del derecho éste es tal y la dignidad humana, pero como un mero recurso retórico, es decir que ahí lleva a otra pregunta, que es la de la banalización.

La banalización es que en muchas veces se utiliza sin más el término para reforzar una argumentación, pero para reforzar una argumentación en casos en que los que realmente no hay necesidad ninguna, pues se habla de libertad de



información, pues aquí se ha vulnerado la libertad de información, que es fundamental para la dignidad humana. Eso en casos que no tienen ninguna peculiaridad.

Esa banalización se ha hecho mucho en el sentido de que se ha invocado demasiado por parte de los tribunales constitucionales el término de dignidad humana, para la defensa de cualquier derecho sin que tuviera la mínima trascendencia. Hay casos en que no, pero lo que sucede siempre, cuando se abusa mucho de un término, al final cuando se quiere emplear en un sentido fuerte, casi que se ve debilitado.

Respecto a la pregunta de lo de las pruebas nucleares....

ALAN GÓMEZ: No sólo sobre pruebas nucleares, sino por ejemplo, el colisionador de hadrones en Suiza ha descubierto otras formas de energía nuclear que pueden utilizarse con ondas mentales.

Entonces, hasta qué punto se pueden llegar a utilizar por parte del Estado estos mecanismos en pos de la dignidad humana. Estoy pensando, por ejemplo, en la cibernética.

PROFESORA ASCENSIÓN ELVIRA PERALES: Pues en esto, hasta donde yo conozco, no hay jurisprudencia sobre la cuestión.

ALAN GÓMEZ: Pero la pregunta es si se ha tratado el tema en la Comunidad Europea, de lo que usted conoce.

PROFESORA ASCENSIÓN ELVIRA PERALES: Bueno, se ha tratado el tema en el sentido de las limitaciones posibles vinculadas sobre todo con la cuestión del ambiente. Ahí la cuestión no ha sido para la dignidad humana, sino con el medioambiente.

Hasta lo que yo recuerdo, aunque no lo conozco con precisión, con la dignidad humana creo que solamente se ha hecho con referencia a las pruebas nucleares francesas en la Polinesia, y que ahí sí por la afectación a la población local, sí que se ha hablado de la dignidad humana.

Pero en todos los demás casos se vincula exclusivamente con el medioambiente, sin perjuicio de que determinados daños al medioambiente se puedan encajar, pues en el caso del Convenio Europeo por vía de ese Artículo 8, y en el caso de la Constitución española, también por el derecho a la intimidad, en el caso de la Constitución española, en forma aún más forzada que en el Convenio Europeo. No obstante, en el Convenio Europeo no se han tratado casos fuertes. Lo que se han tratado son casos de ruidos tremendos por caso del aeropuerto. El primer caso español por unos malos olores insoportables. Lo de los ruidos es algo bastante extendido. Es decir, los casos mayores vinculados con los grandes daños que pueden producir estas cuestiones de investigación atómica lo demás, no se ha tratado todavía, hasta lo que yo conozco.

PROFESOR GONZALO GARCÍA P.: Sin perjuicio de que la profesora Ascensión Elvira tocó la pregunta de Mauricio Torres, quiero agregar algunas cuestiones que me parecen importante su explicación, porque en el fondo cuál es el valor añadido de dignidad humana en el marco de una tesis fuerte de derechos fundamentales.

El valor añadido creo que puede ser el siguiente. Si uno aplica la regla kantiana, parte del resumen de la regla kantiana es que pone en juego la determinación de la humanidad. Y aquí hay humanidad que se puede hablar en términos



mayúsculos, LA HUMANIDAD con mayúscula y la humanidad con minúscula relativa a afectaciones individuales.

Creo que cuando uno toca la teoría de los derechos fundamentales, en el marco de la teoría, todos los derechos tienen límites. Y cuando uno desarrolla la tesis sobre los límites, la libertad y la igualdad aparecen con mucha fuerza en torno a esos límites.

Sin embargo, la dignidad humana aparece prácticamente como una regla cuasi absoluta, también limitada, pero cuasi absoluta. Porque qué mejores expresiones de reglas de dignidad humana que la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la servidumbre, la determinación de la interdicción del trabajo forzoso.

Entonces, esos son prácticamente los derechos que se reconocen como cuasi absolutos. ¿Y cuál es el valor que ahí está reconocido? Mucho más que la igualdad, mucho más que la libertad, es el principio de la dignidad. Entonces, te aproxima, en la teoría de los derechos fundamentales a la determinación de prácticamente de aquellos derechos que tienen un contenido moral tan indudable, donde se pone en juego la humanidad para efectos de que no haya banalización, que en ésta se utiliza ese criterio que probablemente explica mejor.

Segunda cuestión. Hay cuestiones de naturaleza metodológica. Tú pones en juego la determinación de que bajo perspectivas esencialistas se lea la dignidad humana y yo interpreto exactamente lo que yo desee.

Metodológicamente, eso es simplemente un error de aproximación interpretativa. Puede que no necesariamente el método apunte en un sentido correcto, y es probable que haya críticas en torno a algunas sentencias del Tribunal Constitucional, que lo que han hecho es esa lectura directa, derecho implícito, dignidad humana y sin referencia ninguna al marco teórico de otros derechos fundamentales; es el reconocimiento al derecho de la identidad personal, que ni siquiera, en el contexto del ámbito del Derecho Internacional de los derechos humanos está reconocido como lo reconoce el Tribunal Constitucional chileno.

Entonces, esa lectura esencialista efectivamente puede tener límites, pero en una reconfiguración de las sentencias en torno al atentado a la igualdad ante la ley, se ha leído mejor en su conexión con el Artículo Quinto.

Una última cuestión relativa a cuál es el valor añadido, por último, de la dignidad humana. No deja de ser curioso, y eso es parte de algunos juicios críticos que tuve sobre algunas sentencias del Tribunal Constitucional o algunos efectos de la misma, que aparentemente habrían cuestiones resueltas desde el punto de vista de la dimensión desde los derechos fundamentales. Y pongo la idea del respeto a la vida privada, Artículo 19, Número 4, concebido en términos amplios, sin mandato al legislador, pero con una atribución normativa muy genérica.

Bueno, si uno sigue la tesis de los círculos concéntricos, uno supondría que en la tesis de los círculos concéntricos la intimidad, en particular la intimidad sexual está protegida. Si el derecho es el derecho al respeto a la vida privada, el círculo más íntimo, ese núcleo íntimo es la intimidad de naturaleza sexual. Eso está reconocido en las tesis de los círculos interpretativos. Pero resulta que en los casos concretos no aparece reconocido. Entonces ¿qué valor añadido puede tener la dignidad? Puede tener un valor añadido porque revela la naturaleza del daño que genera a ciertas personas su afectación a la intimidad sexual.

Por tanto, sí creo que en algunas hipótesis aflora con gran fuerza esta dimensión que no es sólo retórica, pero que efectivamente uno debe llevarlo a una limitación de uso muy específico.



Finalmente, respecto de la pregunta de Gabriel Álvarez sobre el principio del trabajo decente, lo cierto es que formalmente el Tribunal Constitucional no ha reconocido la expresión trabajo decente dentro de alguna de las sentencias sobre cuestiones de esa naturaleza. Sin embargo, se ha aproximado relativamente desde dos puntos de vista. Uno en el caso que yo ya comenté sobre los tiempos de espera de las jornadas laborales de los choferes, que llevan a que la determinación de trabajos continuos de 5 horas, o una ronda de trabajos de 8 a 9 horas, con tiempos de espera, termina, con la suma de los tiempos de espera, en jornadas extensísimas, que terminan pasando factura al cuerpo de los choferes, que muchas veces duermen fuera de su casa en términos estrictos

Ahí el Tribunal Constitucional hizo una conexión que es muy esencial en ese tipo de causas, porque incluye en el Artículo 19, Número 16, y lee el Artículo 19, Número 16 como el reconocimiento de la libertad de trabajo, pero en particular de su protección, de la protección del trabajador. Y ésa es la cuestión esencialísima. ¿Qué es lo que está diciendo ahí? Bueno, es la protección del trabajo decente. No lo dijo así, pero es la determinación de una cualidad ética que tiene que ver con velar con ese trabajo específico.

Lo otro es que al final también hay ciertas relecturas desde el principio de dignidad humana. A pocos le cabe en duda de que, por ejemplo, en el derecho de protección a la salud está en una perspectiva ideológica de naturalezas de libertad, reconocido en la Constitución. Sin embargo, en la sentencia 17/10, lo que hace el Tribunal Constitucional, a partir de las ISAPRES, es reconfigurar el Estatuto del Derecho de Protección a la Salud y lo inserta en las estrategias del derecho a la seguridad social, y cambia la naturaleza del debate. No hemos tenido la ley que reemplaza estas reglas en materia de ISAPRES, pero ha cambiado la naturaleza del debate, insertándolo con fundamentos en el principio de dignidad humana, en las estrategias del derecho a la seguridad social.

PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B.: Aquí, en la tradición nuestra ha sido muy fuerte probablemente la influencia alemana en relación a esa mirada de la esencialidad de los derechos, pero evidentemente es un criterio interpretativo que creo que en muchos casos los tribunales lo que han hecho es reforzar, particularmente como se comentaba acá, en ámbitos donde no hay una norma específica o yo lo deduzco o como un elemento implícito.

Cuando, por ejemplo, se establece la prohibición de trabajos indignos, yo puedo deducirlo precisamente desde este punto como se planteaba también respecto al derecho a la identidad, o en relación a ciertas garantías penales o prohibiciones de penas que sean inaceptables desde el punto de vista de la dignidad. Ahí, en muchos casos se recurrió al mismo, aunque yo podría efectivamente también recurrir a los principios y al derecho general como la igualdad ante la ley y obtener la misma conclusión.

En relación al trabajo decente, recuerdo que efectivamente hay un fallo de 1986 que redactó un recurso de protección don Rafael Retamal, que era un gran Ministro de la Corte Suprema, que fue el primero que analizó precisamente que en el 19, número 16 de la Constitución se habla de la libertad del trabajo y su protección, y de allí desarrolló precisamente que el trabajo como tal está protegido, asociado también a la dignidad de la persona, y en muchos casos de decisiones de protección también se razona de esa manera sobre la base de la protección al trabajo.

Finalmente, respecto del tema de los intereses. A mí me correspondió, fue un precedente griego que me llevé antes de irme al Tribunal, un caso de interés pero al revés. En el caso del interés moratorio en materia tributaria. El 1.5% mensual agregado a la deuda reajustada. El tribunal estimó en ese caso, en un par de casos, que atentaba contra la igualdad y era



claramente desproporcionado. A mí me parece que ese podría ser un criterio más o menos similar para considerar en el ámbito de intereses bancarios que sean claramente abusivos, injustificados y por tanto infringirían ese principio.

...Aplausos

PROFESORA MIRIAM HENRÍQUEZ V.: Damos inicio al segundo panel del seminario dedicado a la dignidad humana. A propósito de esta materia, vamos a tener la oportunidad de escuchar a tres expositores.

En primer lugar, vamos a escuchar al profesor Doctor Ricardo Chueca Rodríguez, quien es catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de la Rioja, y quien va a exponer sobre Dignidad Humana y Constitución Normativa.

Profesor tiene en torno a 20 minutos para desarrollar su exposición.

PROFESOR RICARDO CHUECA R.: Bueno, vamos a intentarlo.

Quiero, en primer lugar, no solo agradecer la invitación sino agradecer el conocimiento personal de algunos colegas y el compartir con otros ya conocidos, y sobre todo me ha sorprendido mucho ayer y hoy la enorme calidad de sus recién egresados y jóvenes estudiantes. Así que por ese lado les felicito, porque ésa es la labor fundamental que tenemos que hacer, como es sabido. Y queda ahora agradecer las atenciones de las profesoras Gladys Camacho y Miriam Henríquez que en estos días nos han hecho mucho más fácil la estadia.

SOBRE LA INSERCIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA EN LAS CONSTITUCIONES NORMATIVAS

En la actualidad las constituciones son escritas. En puridad la palabra Constitución alude a una acción: la de construir un Estado. Por derivación, según una secular convención, denominamos así también al documento que acredita la realización de dicha acción.

Hay muchos motivos para plasmar dicha acción por escrito. La principal es que se trata de una acción durativa. Que no cesa; pues si cesa, cesa el estado constituido. Hay, desde luego, un *primus movens*, un momento constituyente, irrepetible, que la Constitución constata por su mera existencia. Pero la pervivencia del Estado tan sólo depende de que lo siga siendo.

Por tanto, el papel de la Constitución en un Estado democrático de derecho consiste en acreditar que el estado existe, actúa, en los términos en ella establecidos.

Pero escribir una constitución es transferirla -traducirla- a símbolos gráficos, letras, que forman palabras; y estas a su vez aluden a ideas, objetos, abstracciones...

Así, tan sofisticadamente, erigimos nuestra Constitución. Y es por tanto esencial que quienes hemos sido autores como miembros del sujeto político constituyente y soberano, asignemos a esas palabras, símbolos y hasta deseos de futuro, un significado. Esta es una acción a disposición de todo ciudadano.



Pero cada enunciado constitucional, al aplicarse por el operador jurídico competente al supuesto concreto, adquiere el significado. Se trata de una actividad experta, pero común y habitual para cualquier jurista: consiste en determinar la regla jurídica precisa que el enunciado lingüístico contiene. Habitualmente mediante la práctica de la interpretación jurídica.

Pero la Constitución es una norma única y singular. Sólo hay una Constitución, mientras que hay muchas leyes. Y, dada la posición de la Constitución que hoy caracterizamos como normativa, obligada a la constante construcción de la unidad de los complejos ordenamientos actuales, es evidente que la asignación del significado preciso a un precepto constitucional posee un alcance exorbitante respecto de la interpretación de cualquier otro material normativo. No sólo exorbitante, sino eventualmente imprevisible en sus concretos efectos y consecuencias en el resto del ordenamiento.

El asunto de la interpretación constitucional es, como se ve, un tema altamente delicado, si hablamos de una constitución normativa.

Deberemos añadir a todo ello que los constitucionalistas estamos constreñidos en la aplicación de los preceptos constitucionales -y por tanto en su previa interpretación- entre el rigor científico lógico-jurídico, de un lado, y la determinación política que contiene todo proyecto de vida colectiva constitucionalmente plasmado. Y a ambos rigores estamos igualmente sometidos.

Estos requerimientos son sólo específicos de las constituciones que venimos en llamar normativas.

La sujeción a la constitución característica de las constituciones normativas lo es sólo a la constitución y, por extensión, al ordenamiento jurídico que de ella deriva. Pero no hay ningún otro elemento normativo, ni meta-normativo, que pueda sobreponerse a los poderes y normas por ella constituidos.

Esta normatividad comporta un elenco de requerimientos técnicos extremadamente exigentes. El principal sin duda consiste en el sometimiento de los contenidos constitucionales a un proceso de formalización jurídica. Ello guarda relación directa con la naturaleza de ciencia social del derecho. Dicho en breve, las cosas significan, más allá de la objetivación formal propia del lenguaje, lo que la constitución dice que significan. Y, cuando son previsibles dudas, la buena técnica jurídica exige acudir a los medios -jurídicos- adecuados para disipar las imprecisiones, incluso por parte del propio constituyente. Aunque evidentemente son muchas y variadas las técnicas que la ciencia constitucional proporciona para subvenir a ello.

Desde mediados de los años 50 del siglo pasado, estamos sobreexposados a una suerte de *moda*, consistente en incluir de un modo u otro la dignidad humana (DH) en los textos constitucionales.

Seguramente, dentro de las modernas novedades constitucionales, ninguna posee tanta seducción como esta de la dignidad. Ello tiene su sentido.

Sin embargo, son crecientes las dudas sobre la conveniencia de invadir los textos constitucionales con apelaciones, de alcance variado, a la DH. Que conviven con otras dudas sobre la opción contraria. Sobre esta problemática trataremos en el resto de estas páginas.

El primer problema que debe plantearse guarda relación con la posibilidad de incluir en una constitución normativa una dignidad humana jurídicamente formalizada; único modo posible de inclusión. Y con la impropiedad técnica



de insertar en la norma constitucional una dignidad humana no formalizada jurídicamente. A modo de ejemplo, la actual Constitución chilena, acoge una dignidad humana no formalizada, dado que afirma que los derechos nacen de la dignidad humana y son anteriores al Estado, por lo que este sólo viene a reconocerlos, si he entendido bien el significado del art. 1.1 y concordantes de su Constitución según su Corte Constitucional.

La mayor dificultad de una inserción de tal tenor está lógicamente en la precomprensión de la naturaleza de la dignidad humana propuesta por dicha constitución.

En la actualidad, como se ha encargado de resaltar la doctrina más solvente de modo apabullante, debemos partir de una dato: la destrucción absoluta de la relación significante-significado del término dignidad humana. Ello guarda relación con el creciente desequilibrio, quizá irreparable, entre su denotación y su connotación. Ello es debido a las propias características de la dignidad misma: cualidad objetiva de la especie humana, al tiempo que nota esencial de cada persona individual. Dignidad pues de la especie; y de todos y cada uno de los individuos que la componemos.

Esta situación está en el origen de su banalización. La dignidad humana es hoy un reclamo banal; más allá de la voluntad o intención de quien la invoca.

La dignidad humana es “un tópico frustrante”, en recientes palabras de SOMEK, por dos razones inextricablemente unidas: su contenido aleatorio y su condición de atributo individual pero universalmente compartido.

Por ello ha terminado ofreciéndosenos como una suerte de “electrón libre” que resulta normativamente desorientador. Y, por consiguiente, no cumple con las exigencias requeridas para desempeñar una función jurídico-normativa al no satisfacer los requerimientos que la técnica jurídica exige: su sustantividad.

La dignidad humana sólo satisface las exigencias de la normatividad a condición de que aceptemos que su sustantividad normativa exige la convivencia, en el mismo significante, de varios significados simultáneos: una convivencia, como poco, dificultosa. De ahí que la posibilidad de fijar una determinación sustantiva, en términos de regla jurídica, deviene una especie de promesa de futuro.

Ello hace que la acumulación de decisiones de los operadores jurídicos, invocándola en toda la gama argumentativa imaginable, nunca alcanza a configurar un acervo o doctrina congruente y fiable para decisiones futuras. Ello le invalida para su uso como recurso jurídico normalizado.

La dignidad humana, en sede constitucional, tiende a terminar, con muy altas probabilidades, en recurso acomodaticio deducido a partir de la variada gama de ofertas que siempre es capaz de proporcionar. Es, de nuevo con SOMEK, una suerte de símbolo integrativo, sujeto al versionado que cada individual deduce desde su propia *Weltanschauung*.

El origen del exitoso proceso de acomodo de la dignidad humana en las constituciones de la segunda mitad del Siglo XX es sobradamente conocido. Tanto que 32 de las 45 constituciones europeas la mencionan y las otras 13, aun no mencionándola, han ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y se han sometido a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha realizado una importante función de homogeneización de un espacio jurídico europeo de la dignidad humana. Y ello a pesar de que el Convenio no la menciona expresamente. Se trata de una construcción jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo que debemos calificar de extremadamente exitosa,



como ha demostrado recientemente la profesora Ascensión Elvira.

Suele mencionarse, con toda justicia, el Art. 1 *Bundesverfassung* (BV) como pistoletazo de salida de este proceso de constitucionalización de la dignidad humana.¹

El otro caso, también constitucionalmente llamativo en la intensidad de la recepción, es el de la Constitución de la República de Sudáfrica de 1996, que la consagra como valor, como principio democrático y como derecho, mencionándolo en 14 ocasiones. Ambas, la alemana no obstante con una sola pero contundente mención, poseen sin embargo algo en común. Son constituciones nacidas de dos sociedades que han sufrido un singular daño, en términos de afrenta a la especie humana, como consecuencia de actuaciones de sus propios poderes públicos. Y en ambos casos la inserción constitucional, por distintos motivos, ha situado a las doctrinas científicas y jurisprudenciales respectivas ante problemas irresolubles. Cuestión que no trataremos aquí es si, en ambos casos, cabe una evaluación favorable de tan contundente inserción en términos de rendimiento jurídico-político.

Y es también sobradamente sabido que, de modo coetáneo, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuyo artículo 1, se afirma que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”

La evolución en el caso alemán pone de manifiesto las dificultades de tan fuerte inserción. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal (BVG) se ha movido entre los tres parámetros a los que cabe reducir la aleatoriedad de la dignidad humana. En síntesis, podríamos decir que el BVG ha oscilado entre el kantiano *Objectformel*, que propone al ser humano como *Würde* y, por tanto, como un ser cuyo valor singular e irrepetible impide su conversión en mero objeto. En segundo lugar, ha invocado también la idea de que la dignidad es *igual dignidad*, es decir, una dignidad en una comunidad libre. Y, finalmente, que la dignidad humana, es fuente de derechos pero también puede serlo de obligaciones.

La secuencia de decisiones jurisprudenciales, recientemente analizada por el profesor Gómez Orfanell, nos ha advertido acerca de las sofisticadas argumentaciones a que se ha visto compelida frecuentemente el *Bundesverfassungsgericht* (BVG) como consecuencia del enunciado del Art. 1.1 BV.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) constituye un caso todavía más llamativo. Y quizá también descorazonador. Sorprende, de inicio, cómo fue posible un acuerdo sobre tal aspecto por tan elevado número de estados de tan variada ralea. Pero la sorpresa quedó despejada casi al tiempo de su aprobación. Sabemos que el acuerdo fue al precio imaginado: el acuerdo sobre el significante lo fue a costa de privarlo de un significado sustantivo. Se consagró la dignidad humana a cambio de liberar la determinación de su sustantividad.

Un acuerdo poderosamente desnaturalizador, pues precisamente el problema central de la dignidad humana jurídicamente formalizada consiste en esto: cómo declarar que todos los seres humanos son dignos, cuando es precisamente esta afirmación la que provoca el desacuerdo sobre la dignidad de cada individual concreto.

1. Artículo 1

[Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales]

(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

(2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

(3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.



Se proclamó la dignidad de la especie a cambio de privar de contenido la de cada individual. Se consiguió construir un nodo simbólico que contenía una fórmula hueca. Esta tónica ya era detectable previamente en la Carta constitutiva de la ONU, y tiñe con más o menos intensidad todos los textos internacionales posteriores.

Ello no pretende servir para descalificar la rica secuencia de documentos internacionales, declaraciones y tratados. La dignidad humana invocada en ellos ha prestado importantes servicios a variados procesos de liberación social y política en el mundo. Se trata de una dignidad no asociada a una ideología concreta identificable, sino que permite ser asociada a varias; es una idea humanista y laica. Es nuestro santo grial de los derechos, según acertó a decir MacCrudden.

Pero esta estructura, a modo de bondadoso *contenedor*, se torna algo más inquietante en el ámbito constitucional estatal.

Es precisamente aquí donde surgen significativas reservas y prevenciones. Su utilidad y fiabilidad provocan escepticismo e, incluso, prevenciones.

En primer lugar, ha prestado su función de *contenedor* aleatorio a finalidades contrarias a los fines que ha proclamado. Ello es consecuencia de la puesta a disposición de los poderes constituidos de la configuración concreta del contenido de la dignidad humana con ocasión de cada decisión. Irremediamente una fórmula hueca, un símbolo, requiere ser dotado de ideas e intereses de grupo o facción, pues no cabe otra posibilidad si hablamos de un contenido concebido como indeterminado o ambivalente, a cambio de su inclusión. Vista así, puede amparar un contenido sectario y hasta excluyente.

Mahlmann ha recurrido a la figura del caballo de Troya: la dignidad humana como eficaz vector que se introduce en los ordenamientos con un efecto destructor del derecho positivo.

En realidad se trata de una variante, una más, de recurso a la dignidad humana para reconstruir el derecho positivo vigente desde más allá del derecho. Una especie de nuevo naturalismo sobre el que debe advertirse y contra el que los juristas debemos prevenir y prevenirnos.

Esta elasticidad o aleatoriedad de la dignidad humana, su facilidad para contener ideas e intereses particulares o de facción, hace más que recomendable un uso extremadamente contenido por parte de los operadores jurídicos en general y los tribunales en particular. Y ese caballo de Troya lo es sin duda una disposición constitucional alusiva a una dignidad humana no formalizada jurídicamente.

Tal es el caso cuando los operadores jurídicos recurren a la dignidad humana, especialmente los tribunales, para crear una dinámica de conflicto entre ella y los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados. Se trata, y no es una tentación a la que se resistan mucho las Cortes constitucionales, de cargar el vector con unos contenidos ético-valorativos específicos para dirigirlo a continuación contra un derecho fundamental concreto, o incluso contra la categoría misma.

La Constitución española, y otras a partir de la alemana, han formulado de diversos modos la relación entre los derechos humanos y la dignidad humana. Nótese no obstante que los calificados como *derechos fundamentales* lo son en virtud de la Constitución. Y ello por una obvia razón: se llaman fundamentales porque legitiman, fundamentan, el orden político constitucional. El Estado así constituido tiene como finalidad la construcción de un ordenamiento en base a dichos derechos. Esta diferenciación es crucial en la necesaria discriminación en el análisis de unos derechos, humanos, y otros, fundamentales, acogidos en una constitución normativa.



Los derechos fundamentales, en fin, lo son por determinación del constituyente. Es de ahí de donde arranca su fuerza y su legitimidad, hasta llegar a imponerlos a todos los poderes constituidos.

Ahora bien, la relación dignidad humana-derecho fundamental no posee una naturaleza legitimadora. Ni la dignidad es la *fuerza* de los derechos fundamentales. La dignidad humana es un valor, o principio, constitucionalmente reflejado; mientras que un derecho fundamental se estructura como una regla jurídica. Un principio o valor admite graduación; una regla jurídica responde a una opción binaria.

Por otro lado, como es evidente, no existe una suerte de metasisistema mediante el que la dignidad humana se constituya como una suerte de matriz de todos y cada uno de los derechos fundamentales. Aunque hay Cortes constitucionales que tienden esporádicamente a hacerlo creer con sus decisiones. De hecho, hay derechos fundamentales en muchas constituciones cuya existencia difícilmente podría ser explicada desde la dignidad humana, incluso abusando de la hermenéutica.

Podremos incluso, en algunos casos, llegar a encontrarnos con relatos metajurídicos orientados a describir la proclamación de un derecho fundamental como una obligación del constituyente forzado por la exigencia de la dignidad humana que, a modo de *deus ex machina*, sometió al constituyente. Esto es ideología constitucional; no derecho constitucional.

Qué sea un derecho fundamental, en qué consista, cuáles y cuántos sean, no son sino objetos de decisión del constituyente. Puede sostenerse que este toma sus opciones a la vista de una concepción cultural colectiva, epocalmente determinada, y que puede identificarse o adivinar siquiera fragmentariamente en la lista de derechos fundamentales que incorpora y en el modo e intensidad con que lo hace.

La idea de que el ser humano posee una dignidad como miembro de una especie animal. La idea de que esa dignidad exige o impone el respeto a una serie de posiciones jurídicas es una idea. Toda una idea; pero nada más que una idea. No por tanto un requisito técnico de la categoría constitucional de derecho fundamental. De hecho, todos los ordenamientos de referencia reflejan lo obvio directa o indirectamente: la ausencia de identidad o correspondencia mecánica entre lesión de la dignidad humana y lesión de derecho fundamental.

La historia del pensamiento, y de las diversas teorías acerca de la relación entre los derechos individuales y la dignidad humana, es ya larga y variada. Y la pregunta acerca de si la inclusión en la constitución de la dignidad humana como reforzadora del sistema de derechos fundamentales es una buena idea, no posee una respuesta fácil si consideramos las contrapartidas que puede contener.

En todo caso, sí es claro que un ordenamiento constitucional no precisa de una teoría del ser humano para proporcionar coherencia al sistema de derechos fundamentales, que es un sistema por sí en tanto que construcción lógico-jurídica. Quizá, para el éxito y eficacia del sistema de derechos fundamentales, sea más bien sea preciso lo contrario: la ausencia de un *normotipo* constitucional de dignidad humana; precisamente en defensa del sistema.

Sólo así un ordenamiento abre la vía de tratar los conflictos entre derechos fundamentales de modo respetuoso con una Constitución normativa, es decir, recurriendo a las reglas de tratamiento y resolución de conflictos establecidas por el sistema constitucional.



El gran riesgo surge cuando conectamos dignidad con libertad, o, dicho de otro modo, cuando vinculamos dignidad humana y una posición jurídica iusfundamental concreta. En el momento de su puesta en relación se activa una característica de la dignidad humana sobre la que ya hemos dejado mucho dicho.

Es en ese momento cuando la dignidad muestra su abismo dual. De un lado la dignidad subjetiva, procedimental, que promueve la activación de los poderes jurídicos asociados al derecho fundamental por su titular. De otro la dignidad objetiva, la contrapartida colectiva de la individualmente reconocida, como factor que constriñe precisamente el despliegue de aquéllos poderes jurídicos individualmente adjudicados por el derecho fundamental concreto.

Nótese que, bajo esta tensión, late la potencial deslegitimación del poder político institucionalizado si sucumbe al riesgo de desnaturalización de un derecho fundamental, *desde dentro de la Constitución*, con cargo a unos contenidos ético-valorativos aleatorios y cambiantes, cuando no contradictorios.

Es inquietante la creciente capacidad de la dignidad humana para *volverse del revés* y desempeñarse como agente reductor del espacio jurídico personal de libertad individual. Esto ha sido evidente para su papel en algunos ordenamientos y cortes constitucionales como forma de resistencia frente a un escenario de apertura objetiva del espacio individual de decisión. Sobre todo en los cambiantes escenarios sometidos a fulgurantes innovaciones científicas y avances tecnológicos, especialmente -pero no sólo- en el ámbito de la biomedicina y de las investigaciones genéticas de vanguardia.²

El deterioro llega al rango máximo cuando un órgano judicial termina amparando su *ratio decidendi* en la dignidad del caso concreto.

Un ordenamiento jurídico constitucional arranca siempre de una concepción del ser humano y del mundo. Pero es, claro está, una concepción. Es tan sólo un precipitado de la sociedad cuyos procesos aspira a regular. Y, en esa regulación, especialmente en lo referido al conjunto de derechos cuya defensa y reconocimiento legitiman el orden estatal -los derechos fundamentales como decisión constituyente- se expresa jurídicamente una idea constitucional de dignidad humana. En ella se formalizan los tres planos.

La dignidad mínima o *negativa*, como don o atributo de la especie humana cuya única exigencia dogmática consiste en ser una *igual dignidad*. Cada individual posee su propia idea de dignidad colectiva, pues la igual dignidad es, por igual, plural.

La dignidad *sustantiva*. El proyecto de convivencia colectiva al amparo de un ordenamiento está íntimamente identificado con la idea de *vida digna*. Los enunciados constitucionales *iusfundamentales* establecen las pautas, actuales o proyectivas, en que el constituyente plasma esa vida digna. Es una idea *adquisitiva* de dignidad sujeta a la evaluación propia de los procesos jurídico-políticos.

Finalmente, la dignidad humana se desempeña como *reconocimiento*. Como aspiración del individual al aprecio social o estima proporcionado a la conciencia de sí mismo. Esta dignidad se gana y se pierde. Los ordenamientos jurídicos establecen las condiciones de defensa de esta dignidad social.

En fin, la dignidad humana se formaliza en las constituciones normativas, definitivamente, mediante la configuración

2. La posibilidad de conocer y disponer de los elementos de decisión sobre el final de la vida, las técnicas preimplantatorias de intervención en embriones, la capacidad de decisión sobre las terapias propias, ...



del sistema de derechos fundamentales y los valores y principios constitucionales asociados. Y a ese diseño concreto constitucionalmente acogido y objetivado, a ese status, es al único al que podemos denominar con el todavía respetable nombre de dignidad humana.

Un status jurídico, jurídico-positivo, disponible para el constituyente y no sujeto a él. Y disponible también para los poderes constituidos llamados por la norma suprema a desempeñar las funciones de defensa de la constitución a través de su interpretación jurídica rigurosa.

Finalmente, hay una dignidad humana que es la más antigua, que es la dignidad humana como reconocimiento. Ésta es especialmente delicada. Ésta tiene que ver con la vida del ser humano en sociedad. Nosotros, cada uno de nosotros tenemos una idea de nuestra propia dignidad, y lo que esperamos es que la vida colectiva nos permita identificar o comprobar que nuestra percepción de nuestra propia dignidad es exactamente la misma que los demás tienen de nosotros. Pero esto es un precio de la vida en sociedad y es, por cierto, la idea más antigua.

Esto es lo que yo creo que se puede formalizar en las constituciones normativas. Se puede formalizar, se puede conectar el sistema de derechos con esta proyección de la dignidad. Pero en ningún caso creo que se pueda o que se deba, para el futuro, introducir un concepto de dignidad humana que no esté formalizado dentro de una Constitución. Para eso, nunca contará nadie conmigo.

Nada más, muchas gracias.

...Aplausos

Indicación bibliográfica: La referencia a Alexander SOMEK, en *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford Univ. Press, 2014. Todas las demás referencias se encontrarán en Ricardo CHUECA, “La marginalidad jurídica de la dignidad humana”, en Ricardo CHUECA (dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Madrid: CEPC, 2015.

PROFESORA MIRIAM HENRÍQUEZ V.: Agradecemos la magnífica presentación del profesor Ricardo Chueca, que claramente nos planteó su escepticismo sobre las ventajas de constitucionalizar la dignidad humana y su contenido y su concepto, asunto que claramente se engarza con la exposición que nos va a plantear el profesor Francisco Zúñiga, quien es profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, que probablemente a modo de pregunta dice ¿“Dignidad Humana como Valor en una Nueva Constitución”?

Profesor, también tiene 20 minutos para su exposición.

PROFESOR FRANCISCO ZÚÑIGA U.: Gracias en primer lugar por la invitación a este seminario internacional, punto de encuentro con mi antiguo amigo y colega Ricardo Chueca.

Debo hacer dos pequeñas confesiones iniciales. Profesor Enrique Navarro. si las profesoras Gladys Camacho y Miriam Henríquez, me hicieron esta invitación, es una provocación. Y es una provocación porque por mi talante positivista miro todas estas cuestiones tras lentillas coloreadas por el escepticismo. Por ende, es una provocación creativa, porque me invita a explorar en temas en los que no tengo especial filia o cariño.

Lo segundo, debo reconocer que estoy un poquito pasmado por el grado de coincidencia de mi exposición con la del profesor Ricardo Chueca. Me temo que en los últimos quince días éste es el segundo caso de verdadera telepatía



constitucional, en que sin haber conversado con un colega, hemos escrito más o menos por los mismos senderos.

Yo quería recordar que el término que abre este seminario, la dignidad humana, nos debe poner al resguardo de aquella recomendación que Kelsen recoge en su fundamentación teórica del Tribunal Constitucional el año 27, a resguardo de las fórmulas huérfanas, abiertas a la máxima discreción judicial. Esas fórmulas huérfanas, como la dignidad humana u otras, le conceden a quien toma decisión de dar contenido a esas fórmulas huérfanas un poder insostenible.

No estoy diciendo con esto que la dignidad humana no tenga un valor como concepto. Por el contrario, entiendo que si uno se enfrenta al desafío de hacer una genealogía de la dignidad humana, va a encontrar que ésta entronca con incluso la filosofía clásica grecorromana precristiana, con el estoicismo, para ser más preciso, con los padres de la Iglesia más tarde, con la Ilustración, el Humanismo y el Renacimiento.

Y como bien observaba en un trabajo sobre esta cuestión, Eduardo Aldunate hace varios años, ante un público que reaccionó con alguna inquietud, hay precisamente el renacimiento en la obra de Giovanni Pico della Mirandola, hay la primera reflexión modernizante, en el sentido de la modernidad burguesa, acerca de qué sería dignidad humana.

Pongo de relieve esto de la dignidad como un valor que es parte del humanismo moderno. Por tanto, de una determinada racionalidad burguesa, porque efectivamente valores, principios, derechos fundamentales entroncan con esa modernidad burguesa, y por tanto son conceptos dotados de una fuerte historicidad. Al mismo tiempo, son conceptos que para ser parte de un sistema de ordenación de la vida humana, deben estar también revestidos de una fuerte positividad.

En su trabajo de habilitación docente, Peter Hebel, la imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional, plantea, ya hace más de 40 años, que es la imagen del ser humano un concepto histórico abierto a la transformación del Estado constitucional. En la tríada de imágenes, la imagen de ser humano, la imagen de Dios, la imagen del mundo, que entronca con la imagen del Estado, dice Hebel, estas imágenes van adquiriendo una plasticidad al calor de la transformación histórica que el Estado experimenta.

En una monografía posterior, Hebel reconoce en la dignidad humana una premisa antropológico-cultural. Y yo creo que ahí está el fondo de la cuestión. El reconocimiento de la premisa antropológico-cultural significa rodear al concepto, al valor dignidad humana de un marco que es la cultura, que es la historia en que esto se desenvuelve.

Ahora, es cierto que cuando hablamos de dignidad y los expositores del panel de la primera parte hacían referencia a ello, el contexto internacional en que surge la dignidad es un contexto que tiene que ver con la historia reciente del mundo. Es un contexto que tiene que ver, además, con una determinada cultura que se forja al calor de esos hechos históricos, pero que es básicamente occidental.

Puestos en la discusión contemporánea acerca de qué contenido tiene esa idea de dignidad, lo que decimos de ella o podemos decir razonablemente imbricada la dignidad al sistema de derechos, en lo que podríamos decir en las coordenadas culturales de Occidente. Porque en otras coordenadas culturales, y ahí está la discusión entre universalismo y relativismo, en otras coordenadas, naturalmente, esto no es así.

Y no estoy pensando en culturas distintas, en el marco de un supuesto choque de civilizaciones que acaece al término de Siglo XX. Estoy pensando en países como el nuestro, que están en vías de reconocer el multiculturalismo y el pluralismo



jurídico, el pluralismo cultural, el pluralismo social. Es decir, dentro de las mismas coordenadas de un Estado nacional podemos enfrentar la necesidad de encajar el valor “dignidad” con miradas distintas acerca de cómo este valor dignidad adquiere cuerpo en el sistema de derechos.

Los ejemplos están puestos encima de la mesa. La condición de la mujer o el trabajo de los niños en las culturas de los pueblos originarios. Esto que parece una cuestión tan obvia, y está tratada incluso en tratados internacionales de derechos humanos, con normas que buscan su radicación o prohibición, no es una cuestión que sea digna de rechazo, sino más bien parte de la cultura y de la forma de sociabilidad de estos pueblos que reivindican para sí derechos colectivos y factores identitarios que los hacen distintos al resto de la sociedad.

Entonces, ésta es la primera cuestión a la que yo quería referirme de manera introductoria.

La segunda cuestión a la que quería referirme es cómo entender la dignidad. En la exposición de la mañana, se recordaba la definición recogida por nuestro Tribunal Constitucional, que entiende la dignidad como una cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre de un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales, de las garantías destinadas a obtener que sean resguardadas.

La misma jurisprudencia, escasa por lo demás, del Tribunal Constitucional reconoce en la dignidad una doble conexión: la conexión con la autonomía de las personas y la conexión con la igualdad.

Sin embargo, en nuestra América Latina, el dominio casi incontrarrestable de la perspectiva neoconstitucional, abre la dignidad de manera peligrosa, desde el punto de vista de su engarce con el sistema de derechos.

He traído a colación en mi exposición la definición que la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia recoge en el Rol 7, 881 de 2012, causa “Cárceles”.

La Corte Constitucional de Colombia dice que la dignidad humana, por su contenido como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras. A partir de su objeto concreto de protección, y a partir de su funcionalidad normativa. En cuanto objeto de protección, se identifican tres lineamientos claros y diferenciales.

- A. *La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar el plan vital de determinar y de determinarse según sus características. Vivir como quiera.*
- B. *La dignidad entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia. Vivir bien.*
- C. *“La dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral, vivir sin humillaciones”.*

Agrega la Corte Constitucional “en cuanto a la funcionalidad del enunciado normativo, se pueden identificar tres lineamientos”.

- A. *La dignidad humana como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como un valor.*
- B. *La dignidad humana entendida como un principio constitucional.*
- C. *La dignidad humana entendida como un derecho fundamental autónomo.*



Es decir, desde el punto de vista de los paradigmas constitucionales puestos a definir los contornos de la dignidad como un valor constitucional, me temo que el paradigma neoconstitucional es el que abre al máximo el concepto de dignidad como entidad normativa, sea en lo que es su objeto de protección, sea en lo que es su funcionalidad.

¿Cuál es el planteamiento que en lo particular me interesa destacar?

Se me ha pedido exponer acerca de la nueva Constitución y cómo encaja en esta la idea de dignidad. Primero, el discurso sobre nueva Constitución, que se ha ralentizado -esto es muy obvio-, aspira primero a la apertura del techo ideológico de la Constitución vigente. Techo ideológico neoliberal y autoritario.

Segundo, aspira a que aquilate en la nueva Constitución las tradiciones culturales constitucionales históricas en Chile.

Tercero, aspira a la incorporación al catálogo de derechos de nuevos derechos individuales, específicamente nuevos derechos civiles, y a la incorporación de derechos colectivos, como son los derechos de los pueblos indígenas.

Cuarto, aspira a la incorporación al catálogo de derechos, de derechos económicos, sociales y culturales, en consonancia con una fórmula explícita de Estado social.

Pues bien, ¿por qué optar, para tratar la cuestión relativa a la dignidad desde perspectiva de una nueva Constitución? Por una cuestión muy obvia, y es qué valores constitucionales, principios constitucionales y el sistema de derechos no son fruto de la revelación; no son fruto de la naturaleza humana; no son fruto de una voluntad normante de origen divino; no son fruto de una reflexión metafísica. Son fruto de un determinado momento en la historia; son fruto de una determinada racionalidad imperante; son fruto de determinadas luchas histórico-políticas. Por tanto, los derechos, los valores, los principios deben encontrar en la Constitución una definición en función de los consensos constitucionales que se aquilatan en procesos constituyentes, y no estar recogidos como fórmulas huecas abiertas a ser llenadas por quienes deciden, en particular por quienes deciden controversias: los jueces.

Segundo, la plasticidad del valor constitucional de la dignidad, creo que invita a ponernos a resguardo de pautas comprensivas del Derecho Constitucional y del Derecho en general, como el neoconstitucionalismo, que buscan rematerializar los derechos fundamentales.

Hay dos ejemplos de esto. En nuestro medio, Humberto Nogueira ha propuesto definir los derechos fundamentales en que la fundamentalidad no es el dato que arranca de la fuente de derechos positivos de reconocimiento de derechos, sino valores, y por tanto la conexión de derechos fundamentales o derechos esenciales estriba en sus valores y no en la determinación positiva, que es una determinación política concreta de procesos constituyentes.

Segundo, el empleo de la doctrina de los derechos implícitos. El colega Gonzalo García hacía referencia al problema que se presentó con sentencias del Tribunal que recepcionaron como derecho implícito el derecho a la identidad personal para resolver problemas de investigación de paternidad.

Pero son varios los ejemplos, no muchos, pero señalados ejemplos en que la técnica de derechos implícitos fue utilizada para descubrir, a partir por ejemplo de la idea dignidad, los derechos de la personalidad, el 19, 4, de la Constitución que consagra el derecho a la privacidad.



A mí juicio, ésta no es una cuestión teórica a la que debemos ser invitados a reflexionar. Es una cuestión de índole política y de primer orden, porque al final de cuentas la discusión acerca de la dignidad y del sistema de derechos es primordialmente una discusión política, y la razón de ser de que esté encardinada a la idea de una nueva Constitución y al discurso de una nueva Constitución es reconocer que en ella lo que hay es una discusión política, una discusión política en que el sistema de derechos, la decisión de cuántos derechos tenemos, de qué valores tenemos, de qué principios constitucionales tenemos, es una decisión que debe ser dada en el marco del consenso constitucional y de las tradiciones constitucionales que tenemos y ¡no! de una Constitución, como la que nuestro país posee, que está marcada por signos ideológicos muy precisos que son parte de la génesis autoritaria de su texto.

Por último, el riesgo de banalización de la dignidad como valor, como principio, a que hacía referencia la profesora Ascensión Elvira en su exposición, en la parte primera del seminario, me parece un riesgo casi menor, frente al riesgo del activismo judicial y de la máxima discrecionalidad de los jueces en un sistema democrático, sea la utilización expansiva como lo hace la Corte Constitucional colombiana de la idea de dignidad como objeto de protección, sea como funcionalidad de la entidad normativa, creo que es un buen ejemplo de los caminos a los que puede llevar el activismo judicial.

Pienso que es el momento de reflexionar adecuadamente en que la idea de nueva Constitución ha adquirido cuerpo, de reflexionar con meridiana claridad, con meridiana tranquilidad acerca de los efectivos alcances que deben tener los valores constitucionales en función del sistema de derechos.

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESORA MIRIAM HENRÍQUEZ V.: Agradecemos también la exposición del profesor Francisco Zúñiga, y comentarles que cuando con la profesora Gladys Camacho pensamos en la organización del seminario, identificamos que en el segundo panel podía haber una consonancia entre los expositores, pero jamás semejante concordancia.

Y con esto anticipo de alguna manera, porque me consta que probablemente también vamos a encontrar una situación de telepatía con el tercer expositor, José Ignacio Núñez, que es profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Alberto Hurtado, investigador de la Universidad Finis Terrae, quien expondrá sobre Constitucionalismo y Dignidad Humana, Tres Tesis sobre su Ambivalente Relación.

Profesor, también tiene 20 minutos para su exposición.

PROFESOR JOSÉ IGNACIO NÚÑEZ L.: Muchas gracias.

Muy buenas tardes a todas y todos.

Cuando fui convocado a este panel, tenía una sospecha: que había cierta animosidad en mi contra, por el hecho de ubicarme junto a dos portentosos juristas como Ricardo Chueca y Francisco Zúñiga. Y al escuchar las presentaciones que me han precedido, esa sospecha se transforma en una acreditación de realidad. Me han puesto en un tremendo



aprieto, no sólo porque hemos tenido quizás momentos de telepatía jurídico-teórico-constitucional, sino que en algunos aspectos voy a verme en la necesidad de discrepar con algunas de las tesis, pero ojo, sin que eso implique una separación absoluta con las tesis finales que han sido planteadas por los profesores Zúñiga y Chueca.

Lo que pretendo ahora, muy humildemente, es plantear tres tesis bastante sencillas en torno a la relación que tiene la dignidad humana y el constitucionalismo, anticipando que es una relación ambivalente. Cada una de esas tesis son funcionales entre sí y nos conducen a la que pretendo sea una muy humilde propuesta, con miras al momento o los procesos constituyentes que van a abrirse próximamente, esperemos lo más pronto posible en nuestro país.

Adelanto que también estas tres tesis parten simplemente de una premisa operativa. Yo no pretendo definir qué voy a entender por dignidad humana, sino que simplemente les voy a proponer tres sentidos que han sido, en el día de ayer, magníficamente desarrollados por el profesor Arruego, que en alguna medida también fueron recogidos por la presentación del profesor Gonzalo García esta mañana, y es entender a la dignidad como un factor de autodeterminación, como una atribución de subjetividad igualmente valiosa entre las personas, y como -ojo- algo que atribuimos normalmente a una orientación kantiana, la idea del hombre como fin en sí mismo, no como un medio para alcanzar otros fines, pero que también puede tener una raíz profunda en el pensamiento de la izquierda: se prohíbe la instrumentación del hombre por el hombre, que también ha sido recogida por declaraciones universales de derechos humanos.

¿Cuáles son estas tres tesis? Les adelantaba que son tesis que están implicadas unas con otras o podrían ser consecutivas.

La primera tesis es que, implícitamente, la dignidad humana es un elemento o ha sido un elemento vertebrador del constitucionalismo. Acá me aparto un poco de una idea -y digo solamente un poco- que desarrolla magníficamente el profesor Chueca en el trabajo que contiene en su libro, cuando él señala que la construcción de la dignidad humana ha sido especialmente europea y fundamentalmente elaborada a partir de la Segunda Guerra Mundial. Digo me aparto sólo parcialmente, porque coincido con que su consignación positiva ha surgido a partir de la Segunda Guerra Mundial y de episodios que han sido extremadamente traumáticos, como una manera casi terapéutica de poder seguir adelante en esas sociedades.

Pero tengo la impresión de que los elementos que inspiran la dignidad humana están presentes desde los albores del constitucionalismo, y me refiero a los albores del constitucionalismo con las revoluciones liberales de fines del Siglo XVIII.

En segundo lugar -aquí voy a discrepar un poco con el profesor Zúñiga- tengo la impresión de que hay una inexistencia de un nexo conceptual entre las ideas neoconstitucionalistas y el concepto de dignidad humana.

Me parece que la asociación de la dignidad humana con el neoconstitucionalismo es una asociación equivocada -equivocada, ojo, equivocada en el uso de quienes defienden el neoconstitucionalismo- porque vamos a tratar de acreditar a partir de elementos que también han sido tocados en la mañana, que el origen del neoconstitucionalismo plantea justamente cuestiones absolutamente incompatibles con entender una versión fuerte de la dignidad humana y operar bajo los parámetros neoconstitucionalistas.

Finalmente, quiero dejar planteadas algunas reflexiones en torno a que la figura de la dignidad humana plantea ciertos desafíos importantes para el nuevo constitucionalismo chileno, llamando a este nuevo constitucionalismo chileno como aquel que queremos construir de manera democrática, haciendo o generando una Constitución en democracia.



¿Por qué digo que la dignidad tiene una presencia implícita desde los orígenes del constitucionalismo? Implícita, no estoy diciendo que se asimile a un derecho implícito, porque si uno piensa en la definición más sencilla del constitucionalismo, es la técnica del control del poder que en sus primeras versiones fue una técnica del control del poder público, que hoy se ha transformado también en una técnica del control privado, uno puede encontrar que los nutrientes de esa técnica del control del poder, tanto en el ámbito doctrinario o ideológico, en el ámbito jurídico y en el ámbito político, tienen que ver con estos sentidos de dignidad que les adelanté: destacar o subrayar la subjetivación del individuo; no utilizar a los individuos como medios para alcanzar fines; en definitiva, entender que todas las personas tienen una subjetividad igualmente valiosa y que tienen capacidad de autodeterminación.

Eso se revela claramente desde el punto de vista jurídico cuando somos conscientes de que la noción del constitucionalismo es inseparable con los albores del Estado de Derecho. Si ustedes recuerdan -nuevamente vámonos a definiciones sencillas- no hay para qué complicar extremadamente el asunto. La idea del Estado de Derecho es la idea de que tanto gobernantes como gobernados van a ser sometidos al mismo ordenamiento jurídico, implica lo que otro portentoso jurista español, Elías Díaz, llamaba el tránsito de los Estados con derecho hacia los Estados de Derecho. El Derecho ha existido siempre, la regulación de la interacción humana ha existido siempre. Grecia, Roma, Egipto tienen antecedentes de aquello. Pero a diferencia de esos Estados, que son Estados con derechos, está la extensión de los sujetos normativos de las normas jurídicas.

En los Estados, lo que nosotros estudiamos como historia, como el Derecho Antiguo, era el gobernante quien producía las normas, y la virtud del Estado de Derecho fue extender la sujeción de esas normas no sólo a los particulares, sino que también al Estado. Es decir, ahí hay una latencia, una pulsión o una inclinación por un reconocimiento de las subjetividades, un reconocimiento a la igualdad y una protección de la capacidad de autodeterminación.

Algo similar ocurre con la dimensión política de la construcción del constitucionalismo. Es gracias al constitucionalismo y es gracias -creo- también a su inescindible vinculación con el Estado de Derecho, que pasamos de la categoría de súbditos a ciudadanos, en la que los ciudadanos somos partícipes de la conducción política del Estado, y en esa idea de la participación en la conducción política del Estado nuevamente aparece o está detrás, como bien que se está protegiendo. Ojo, está detrás como bien que se está protegiendo; no está adelante como objetivo que queremos proteger, la idea de dignidad humana en estos tres sentidos: en el sentido de autodeterminación, de reconocimiento de las subjetividades y que somos un fin y no un medio para alcanzar otros fines.

Lo mismo fue defendido por la inspiración ideológica o doctrinaria que ha tenido el constitucionalismo. Me refiero a la Filosofía de la Ilustración, que se opuso al iusnaturalismo que podríamos denominar “teológico”, y que de alguna forma lo aludió el profesor Francisco Zúñiga hace unos momentos: aquella clase de iusnaturalismo que nos decía que todas las esencias han sido reveladas por algún ser supremo, sea cual sea el ser supremo, sea Dios, sea Alá, sea Mahoma o sea para los creyentes o fanáticos dolistas por Maradona en la Iglesia Maradoniana.

No todo proviene de una instancia metafísica nos decía la Filosofía de la Ilustración con su brazo ideológico, que era el iusnaturalismo racionalista. Nos dijo “todos los seres humanos somos igualmente capaces de llegar a lo que pensamos que es la verdad. Pero al mismo tiempo nadie es más capaz que otro para alcanzarlo y poder pontificar y predicar que ésta es la verdad oficial”.



Nuevamente, detrás de la Filosofía de la Ilustración y del Iusnaturalismo Racionalista, aun cuando sea una especie de iusnaturalismo, tenemos la idea de la igual subjetividad, la idea de la no instrumentalización y la capacidad de autodeterminación en este plano intelectual.

Por lo tanto, pienso que acá en la evolución o en los orígenes del constitucionalismo, si bien -insisto- no hay una defensa frontal del concepto de dignidad, no está puesto adelante, no está puesto como un elemento explícito; no se dice vamos a proteger la dignidad, salvo en ciertas declaraciones; detrás están los imperativos que suelen atribuírsele a la dignidad, cuestión sobre la cual deseo volver más adelante, cuando les planteo los asuntos sobre los cuales propongo reflexionar.

En segundo lugar, yo señalaba que no existe un vínculo conceptual entre la idea de dignidad y de neoconstitucionalismo. Cuando digo que no hay un vínculo conceptual, me refiero a que son perfectamente separables las ideas de la defensa de la dignidad humana y del neoconstitucionalismo, al punto de que puede ser utilizada la noción de dignidad humana por visiones o teorías jurídicas abiertamente opuestas al neoconstitucionalismo.

Y ojo, antes de que se me tilde de neoconstitucionalista, cuestión que es frecuente y que quizás quien lleva la bandera está sentado allá atrás, parapetado atrás de un computador, que es el profesor Raúl Letelier, simplemente les voy a contar una anécdota de un cineasta que probablemente todos ustedes conocen: Tarantino. Perros de la calle, Kill Bill, muchas películas bastante famosas.

Una vez, a Tarantino, en uno de estos festivales internacionales, le preguntaron por qué le gustaba tanto la violencia. Y Tarantino miró con cierta cara de escepticismo al periodista. Tarantino le dijo “que yo haga películas sobre violencia, no significa que me guste la violencia. Significa que yo estudio el fenómeno de los violentos y lo represento”. Luego, cuando yo hago estas referencias al neoconstitucionalismo, no significa que me declare o que haga una proclamación en favor del neoconstitucionalismo, sino que simplemente, por la relevancia que ha tenido el fenómeno, me parece interesante de estudiar.

Si nos damos cuenta, en una afirmación que quizás con algunas palabras más, algunas palabras menos, se reitera en la doctrina sudamericana y especialmente en la chilena, muchos autores sostienen que la dignidad humana es un principio fundamental de los ordenamientos jurídicos, enfatizando su categoría de principio. A partir de eso, inmediatamente lo vinculan con el neoconstitucionalismo o con lo que se ha dado en llamar el constitucionalismo principialista.

Quizás el origen de ese error o de esa inclinación tenga que ver con un ejemplo que suele ser usado por los teóricos del Derecho, fundamentalmente por aquellos que describen el neoconstitucionalismo.

Los teóricos del Derecho son personas que normalmente viven en el mundo de las ideas, y que por lo tanto no manejan el Código Civil, no conocen el Código de Comercio. El Código Tributario les sirve simplemente para engrosar sus bibliotecas o para apoyar los libros que les parecen más valiosos, y por lo tanto suelen reiterar o repetir los mismos ejemplos.

Si uno revisa la mayoría de la literatura neoconstitucionalista, se va a encontrar con exactamente el mismo ejemplo para explicar la derrotabilidad de las normas jurídicas o la capacidad desplazatoria que tendrían ciertos principios respecto de reglas. Y ése es un ejemplo que se suele extraer. Se dice que se extrae del Código Civil Español, respecto de un instituto que nosotros debemos haber estudiado en los primeros años de la Carrera de Derecho, la servidumbre de vista, que demanda en su ámbito normativo que la construcción de dos edificios no puede estar próxima más allá de ciertos metros, porque eso significaría tapan la visión o el ingreso de luz a los edificios.



¿Y qué se ha dicho? Esta norma sigue siendo una norma válida, pero en ciertos casos en los cuales está implicada la satisfacción de un derecho, el derecho a la vivienda digna, cede, se desplaza, se derrota, se construye una laguna axiológica para no aplicarlo a ese caso concreto. Vivienda digna aparece como un ejemplo de uno de los problemas básicos del neoconstitucionalismo: la existencia de antinomias que no pueden ser resueltas en base al principio de jerarquía, en base al principio cronológico o en base al criterio de especialidad.

Tengo la impresión de que eso es uno de los factores que ha influido en esta impresión. Pero si uno se fija en cuáles son los elementos basales de los distintos tipos de neoconstitucionalismo, la rematerialización o materialización constitucional a la que ya aludí el profesor Francisco Zúñiga, es decir, esta aparición de contenidos axiológicos en las constituciones, contenidos axiológicos que no tienen -ojo- una estructura cualquiera. Tienen una estructura principialista, es decir, supuestos derechos abiertos y consecuencias jurídicas indeterminadas.

Y ojo, esto no tiene por qué ser así. Es una falacia, una manera inadecuada de entender el positivismo la idea de atribuir solamente a las variantes neoconstitucionalistas o a las ideas, podríamos decir, de corte iusnaturalista, la preocupación por la protección de valores.

En reglas también hay preocupación profunda por protección de valores y en ideas positivistas también hay preocupación profunda por protección de valores. Es lo mismo que decía el profesor Chueca hace unos momentos. Creo que nadie podría decir que no es importante la dignidad humana. En lo que podemos discrepar es si es necesario contemplarla y cuáles son los mecanismos para hacerlo.

Los positivistas igualmente no son esa caricatura de aquellos seres descreídos que lo único que quieren es transformarse, como se ha dicho por sus más acérrimos y recalcitrantes detractores, en antropófagos infantiles, como se les decía a los comunistas como guaguas hace algún tiempo acá en nuestro país.

Hay igual preocupación por la protección de valores, pero la técnica elegida es completamente distinta. Más adelante voy a volver sobre el tema. Incluso me atrevería decir que en el positivismo hay una preocupación mucho más sólida y más seria por la protección de ciertos valores.

Entonces, no es necesario que la rematerialización se traduzca en principios, como lo sugiere la cultura neoconstitucionalista, pero lo sugieren de esa forma.

Y como una consecuencia necesaria de la aparición de estas normas con estructuras indeterminadas en sus dos extremos, los neoconstitucionalistas dicen acá tenemos que ponderar. Y para ponderar, es necesario elaborar una teoría de la argumentación jurídica, en donde los protagonistas, donde quienes van a decidir van a ser los jueces y no necesariamente los órganos representativos por excelencia, el Congreso.

Pues bien, si uno se fija, hay un uso frecuente en el concepto de dignidad humana, la idea de dignidad humana como valor, la idea de dignidad humana como un imponderable.

Aquí es donde retomo la idea. El origen de las ideas neoconstitucionalistas tiene dos grandes referentes: Alexy y Dworkin. Y ocurre que Alexy trabaja en base a la Constitución alemana. Y ocurre que en la Constitución alemana aparece un valor, la dignidad humana, que es lo más anti neoconstitucionalista que existe.



Cuando se señala que la dignidad humana es inviolable, significa que la dignidad humana es imponderable, y si la dignidad humana es imponderable, resulta que el concepto de dignidad humana no calza dentro de la estructura sistémica del neoconstitucionalismo; no calza de ninguna manera. Tampoco calza, dentro de las teorías argumentativas que utilizan a la dignidad humana como un recurso retórico para reafirmar decisiones que pueden ser adoptadas a través de derechos fundamentales o de otros preceptos, porque la lógica de la teoría de la argumentación jurídica de corte neoconstitucionalista, se basa en la ponderación. Y si usted logró efectuar una ponderación de los bienes o valores en el caso concreto, no necesita recurrir a otros factores extrajurídicos que reafirmen esa ponderación.

Por lo tanto, creo, estar haciendo simplemente justicia con una escuela que, insisto, no me interesa defender, sino que me interesa que no haya cruces conceptuales.

El neoconstitucionalismo no tiene mucho que ver con la mayoría de las versiones y consagraciones positivas respecto de la dignidad humana.

Y aquí llego al final de la presentación, en donde nuevamente planteo una tesis, que es una tesis más bien alarmista, ni siquiera es descriptiva sino que alarmista, en donde quiero proponer que el nuevo constitucionalismo chileno, es decir, éste que se construiría o que esperamos construir democráticamente a la luz de una generación de una nueva Constitución, se enfrenta en un dilema que tiene que resolver, en el cual debemos tomar parte al momento de sentarnos a pensar en esta Constitución.

Es bastante frecuente hablar hoy en día de la democracia constitucional. La influencia de Ferrajoli y sus secuaces ha sido profunda en Sudamérica especialmente. Esta idea de la democracia constitucional, una democracia subordinada a un coto vedado, como dice Garzón Valdés, a un ámbito de lo decidible, lo indecidible, lo indecidible que no, como dice casi como un trabalenguas Ferrajoli, tiene un bache, un bache que el mismo Ferrajoli reconoce.

En una oportunidad me tocó presenciar un seminario de investigación en donde Ferrajoli explicaba por milésima vez esta teoría. Su teoría del ámbito de lo indecidible, es como estas canciones exitosas en el pasado, que piden permanentemente a los cantantes en cada lugar que visitan, que canten nuevamente.

Pues bien, a Ferrajoli el público lo aclama pidiendo la explicación de la democracia constitucional, y alguien en algún momento levanta la mano y le dice “sabe qué, me parece fantástico este esfuerzo que usted elabora por justificar un nexo inseparable entre democracia y constitución, constitución y democracia, pero qué pasa con países como en Sudamérica, en donde nuestras democracias fueron democracias protegidas, y nuestras constituciones fueron constituciones otorgadas”. Y la respuesta de Ferrajoli fue “bueno, yo soy un observador del Derecho Europeo, y jamás pensé en las democracias de los países otorgados para elaborar mi concepto de democracia constitucional”.

Luego, el primer dilema que tenemos que resolver, es si vamos a optar por un modelo de democracia constitucional, pues bien, esa Constitución debe ser democrática. Y para que sea democrática esa Constitución debemos dejar o superar atrás algunos lastres, y uno de esos lastres es la que denomino en la diapositiva una especie de nueva falacia naturalista, vinculándola, ahora sí, con el neoconstitucionalismo, porque estamos bastante acostumbrados a entender, a operar, bajo una cultura jurídica que se ha defendido y que se ha instalado, y que es el neoconstitucionalismo.

Reflexivamente podemos ver que las distintas clases de judicaturas razonan utilizando sin justificar el test de



proporcionalidad o la ponderación. Y lo hacen de manera incompleta. Y lo hacen, a veces, en casos en los cuales la solución a esos casos en particular podría haber sido alcanzada mediante una simple subsunción.

Tenemos una fiebre ponderativa, que nos impide ver con claridad que muchos casos pueden ser resueltos en virtud de la subsunción y que nos hace ver espejismos. Nos hace pensar que un derecho fundamental, por estar en el apartado de los derechos fundamentales, automáticamente es un principio. Pero no nos damos cuenta que si lo leemos tiene evidentemente, a kilómetros de distancia, estructura de una regla, y por lo tanto es imposible la ponderación en ese caso, y también por la inclusión de ciertos elementos valorativos en las constituciones, a partir de los cuales empezamos a extraer lógicas o elementos neoconstitucionalistas o argumentaciones vinculadas a la argumentación moral.

Y es acá donde se produce la confusión, que nos conecta con la pregunta que quiero dejar planteada. ¿En el constitucionalismo o en el nuevo constitucionalismo chileno, qué es lo que deseamos hacer con la dignidad humana? Es la pregunta que tenemos que plantearnos. ¿Deseamos que sea una inspiración que va a ser protegida por otras vías, por otras técnicas, como ha sido tradicionalmente en el constitucionalismo? ¿O queremos que sea un protagonista, como lo es en la Constitución alemana, como lo es en los ejemplos de los neoconstitucionalistas, que confunden al resto de los juristas cuando hablan del derecho a la vivienda digna?

Porque acá hay una confusión conceptual nuevamente. Creemos que la dignidad humana es un principio, pero yo soy un convencido de algo distinto. La dignidad humana es efectivamente un valor, y podrá ser completamente discutible.

En el magnífico libro que coordina el profesor Chueca hay un trabajo que trata de develar con mucha mayor precisión la naturaleza jurídica de la dignidad humana.

Pero si entendemos por valor algo valioso que las sociedades se comprometen a resguardar, pues bien, las técnicas de resguardo son distintas de los valores o de los bienes jurídicos protegidos. Claramente, la Constitución no protege la vida; la Constitución no asegura el derecho a la vida.

En la Constitución es necesario distinguir, y el profesor Figueroa lo hace fantásticamente en un trabajo, vida y derecho a la vida. El objeto de protección o el ámbito de protección del derecho a la vida, es la realidad o valor o bien que estimamos razonable, ¡vida! Lo mismo pasa con la familia, por ejemplo. O lo mismo pasa con un sinnúmero de bienes que, sin ser mencionados en la Constitución, se protegen adecuadamente por la vía de derechos fundamentales.

Nuevamente la acreditación para esta idea que estoy lanzando ya se hizo en el panel anterior. La Constitución de Estados Unidos de Norteamérica no menciona en ninguna parte el valor dignidad. El Convenio Europeo de Derechos Humanos no menciona en ninguna parte el valor dignidad.

Suprimir del texto constitucional las derivaciones o las menciones expresas a la dignidad humana no significa de ninguna forma negar el valor de la dignidad. Puede ser, quizás, una manera mucho más comprometida de protegerla, evitando estos usos ambivalentes que hoy día pueden servir a Dios y mañana pueden servir al Diablo, invocando el mismo concepto, el concepto de dignidad humana.

Termino con esto haciendo la apología a lo que Alfonso García Figueroa -otro autor español, discípulo de Luis Prieto- denomina el positivismo normativo antisistema.

García Figueroa dice “el error de conceptualizar o de entender la existencia de un vínculo necesario entre Constitución y moral, el error de llevar al extremo la conexión de los principios como un puente a la moral, o de entender que los derechos fundamentales tienen todos su raíz en un concepto filosófico, no en una decisión soberana, nos lleva ineludiblemente a pensar que el compendio de moral son las constituciones”

Y eso envuelve una trampa. Nos lleva a una de las peores versiones del positivismo, el positivismo ético: pensar que todo lo que está escrito es el repositorio de la moral. En cambio, si nosotros pensamos que simplemente eso es una decisión adoptada por los cuerpos soberanos, que puede ser tan cierta como falible, desde perspectivas morales podemos buscar criticando ese derecho vigente, no endiosando ese derecho vigente, no pensando que la dignidad es lo mejor que nos pudo haber pasado, podemos buscar mejores técnicas para resguardar, paradójicamente, la misma dignidad, y respetar de mejor forma los derechos fundamentales de las personas.

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESORA MIRIAM HENRÍQUEZ V.: Muchísimas gracias al profesor José Ignacio Núñez y a todos los expositores del panel.

Vamos a abrir una ronda de preguntas -yo creo que acotada- porque estamos cercanos al horario del almuerzo y todos necesitamos reponer nuestras fuerzas.

Hay tres preguntas. Las tomaremos todas para así generar el debate. Por una razón de orden estricto, el profesor Letelier en primer lugar.

PROFESOR RAÚL LETELIER: A mí me da la impresión de que uno de los grandes problemas que tiene el debate sobre la dignidad, es la confusión entre dos teorías. Una es la teoría de la justicia y otra es la teoría de la autoridad.

En la teoría de la justicia, el valor de la dignidad es el centro de la discusión. De hecho, los problemas que tiene la teoría de la justicia, son los problemas en general de la dignidad. No hay cómo apreciar la vida digna, cómo evaluar si determinado sistema político es digno o no es digno, y es lo que me permite a mí, por ejemplo, valorar el sistema de derecho laboral chileno como indigno. Para mí juicio, es un juicio de la teoría de la justicia, no es un juicio de teoría de la autoridad, no es un juicio de validez acerca del sistema jurídico laboral chileno. Pero da la impresión de que los grandes problemas que se generan cuando hablamos de dignidad es que combinamos la teoría de la justicia con la teoría de la autoridad.

Entonces, mi problema es cuando, a veces valorando lo importante que es la dignidad, valorándola en términos de la teoría de la justicia, queremos traspasar esa dualidad de teorías y entonces lo que queremos hacer, como dice el profesor Chueca, formalizar, transformar la discusión de teoría de la justicia a una discusión sobre teoría normativa.

Ahí mi problema es cómo organizar correctamente esa formalización. Entonces, si es que esa formalización no es sino, en buenas cuentas, hacer lo mismo que hacemos siempre: valorar en términos de teoría de la justicia una determinada institución jurídica, como el derecho laboral chileno o el derecho electoral chileno, o el derecho de pensiones chileno,



nos permite valorarlo como digno o indigno, si nos provee felicidad o infelicidad, si nos provee justicia o injusticia. ¿Cómo entonces realizar correctamente esa formalización, si es que en buenas cuentas esa formalización ¿es construir un sistema digno, valorando la teoría de la justicia? ¿Es eso realmente formalización jurídica?

Entonces, la pregunta final es la siguiente. Si tenemos tantos problemas para formalizar jurídicamente la discusión sobre la dignidad que se realiza en la teoría de la justicia, y en buenas cuentas lo que trato de obtener de la ponencia del profesor Chueca, ¿es si esa formalización se realiza a través de los derechos fundamentales? En buenas cuentas, ¿la crítica que se hace a la dignidad no es también la crítica que se hace a los derechos fundamentales? Es decir, ¿la crítica a la dignidad, no es también la crítica que se hace al constitucionalismo sustantivo, al constitucionalismo no procedimental, no al que regula el poder sino al que regula las sustancias, los derechos que tiene la Constitución? ¿No es también aplicable, desde la perspectiva de la teoría normativa, la falencia que tiene la dignidad a las falencias del constitucionalismo?

PROFESORA MIRIAM HENRÍQUEZ V. Gracias profesor Letelier.

Segunda pregunta

Mi nombre es Sergio Donoso, soy ingeniero y quería plantearle un problema político al profesor Chueca.

En España hubo el terrorismo de la ETA. Para mí, provocó un atentado a la dignidad humana de todos los que se sentían amenazados por ETA. Millones de españoles sintieron miedo, sintieron terror, etcétera. El sistema judicial, el sistema constitucional español ¿tomó alguna medida, alguna herramienta para enfrentar ese problema de la dignidad de los españoles amenazados por el terrorismo de ETA?

Tercera pregunta

Para el profesor Zúñiga, quizás el problema es que la dignidad humana no sea tanto un problema de concepto, sino tal vez el problema está en que la doctrina constitucional se obsesionó con darle funcionalidad a todas las normas que están en la Constitución, a todos los incisos, a todos los artículos, a todas las palabras, entonces, cada una de las menciones tenía que tener alguna aplicabilidad, tenía que servir para algo, tenía que ser exigible.

Entonces, no será más recomendable, en una nueva Constitución, por ejemplo, tomar todo lo que es la base de la institucionalidad, que hoy en día se dice que son normas aplicables y convertirla en un preámbulo o simplemente establecer en una nueva Constitución establecer alguna forma de organización política que permita realizar en mayor medida ese preámbulo, pero no volver todos esos principios en normas aplicables directamente.

PROFESORA MIRIAM HENRÍQUEZ V. Muchas gracias.

Entonces, a los profesores aludidos les damos la palabra.

PROFESOR RICARDO CHUECA R. El profesor Raúl Letelier ha hecho un esfuerzo, porque es administrativista. Heterodoxo, pero administrativista.

Vamos a ver. Una Constitución es básicamente una cosa, es una idea determinada de dónde cruza la raya entre sociedad y Estado -eso es una Constitución-, y la muralla son los derechos fundamentales. Por eso, es una cosa que no hay que dejar al poder constituido. Ése es el equilibrio fundamental.



Entonces, obviamente un jurista puede entender que de un sistema determinado de derechos -razonando jurídicamente, mediante una actividad hermenéutica, heurística si quieres- que esta sociedad colectivamente se ha puesto de acuerdo en esta idea de dignidad, de esto es mío, esto lo comparto con el Estado, y eso es el sistema de derechos fundamentales para mí, tal y como yo lo veo, simplificando todo muchísimo, claro está.

Entonces, yo no necesito que me explique nadie más después qué es la dignidad. Ya lo veo yo. Y en lo que allí no se dice nada, pues nada se dice. Por tanto, seamos libres.

Sergio, ingeniero. Por ejemplo, Sergio piensa “hay un daño tremendo a la dignidad de los españoles con el terrorismo de ETA”, y es legítimo. Es un ciudadano y tiene derecho a la idea de dignidad humana que él pretenda.

Pero, yo no creo que ahí esté involucrada la idea de dignidad humana. Tengo deformación profesional, ya lo sé. Yo creo que en el tema concreto de ETA, que he vivido en todas sus secuencias, desde su nacimiento hasta su final, debo decir que para mí el problema era solamente uno: el de monopolio de la violencia legítima por parte del Estado. ¿Por qué? Porque se supone que el Estado nace inicialmente para monopolizar la violencia legítima. Entonces, si esto no funciona, pues que funcione. Insisto: la violencia legítima. Y no tiene nada que ver con la dignidad. Pero usted tiene derecho a pensar que tiene que ver con la dignidad, pero para mí, no.

PROFESOR FRANCISCO ZÚÑIGA U.: Yo voy a hacer una analogía, ya que estamos cerca del almuerzo.

Pasa en la teoría constitucional, mucho en la de impronta neoconstitucionalista, lo que le pasa a aquellos obreros que están en un alambique, que producto de exprimir la uva, van consumiendo el producto de la uva y terminan ebrios.

Yo creo que lo que ocurre con los neoconstitucionalistas es que están en un estado sublime de ebriedad; ebriedad con esos líquidos que son los valores, los principios. No hay Estado sólido ahí. Pero sería una ebriedad benigna, si no fuere que ésa es una teoría y una metateoría empleada para tomar decisiones políticas por jueces, que carecen de legitimidad democrática.

No sé si la solución sea confinar los valores y los principios a un preámbulo. Un amigo juez constitucional me dijo “no, pero si la norma está ahí, por qué no voy a hacer uso de ella”.

Creo que la solución está en el sistema de derechos, en un completo sistema de derechos en que la doble dimensión de los derechos, la subjetiva y la objetiva, permite al legislador democrático una configuración del derecho, y sustrae, por tanto, la configuración de los derechos al Tribunal Constitucional, a los jueces, y circunscribe el rol de estos a la jurisdicción de límites respecto del quehacer del legislador democrático. Si no, la borrachera va a continuar.

PROFESORA MIRIAM HENRÍQUEZ V.: El profesor Álvaro Núñez se ha entusiasmado con una pregunta.

PROFESOR ÁLVARO NÚÑEZ: Me empieza a venir la duda respecto de los tres ponentes sobre si en realidad están hablando sobre positivismo o sobre otra cosa de formalismo jurídico. Mejor dicho, se podría decir hiperformalismo jurídico, porque tengo la sospecha de que el problema -me temo que esto no va a ser una pregunta- tiendo a sospechar que el problema o los miedos que tienen respecto a la positivización o a la introducción de la dignidad humana en textos constitucionales, en realidad es muy similar a algo que estaba apuntando el profesor Letelier, que son la interpretación de los derechos. Me temo que alguno al menos de ustedes puede que esté presuponiendo una visión como demasiado nítida y transparente de cuál es el contenido de los derechos fundamentales.



En este sentido, la experiencia constitucional histórica nos muestra cómo los textos, en realidad, incluso textos breves como la Constitución Americana, Estadounidense, ha ido cambiando mucho, mucho, mucho a lo largo del tiempo, precisamente porque no tenemos un método claro, definitivo e inequívoco para saber cuál es el contenido claro, nítido e inequívoco de las constituciones.

El mismo miedo que podemos tener respecto de la positivización de la dignidad humana, lo podemos tener respecto de cualquier catálogo de derechos, porque qué significa exactamente libertad de expresión, porque desde el momento en que fue formulado hasta el día de hoy, con todos los cambios que han surgido y con todas las modificaciones que tenemos en nuestro propio background cultural, que es con el que miramos a las constituciones, hacen que el contenido haya cambiado muchísimo, muchísimo.

PROFESORA MIRIAM HENRÍQUEZ V.: A propósito del comentario del profesor Álvaro Núñez, se disputan el micrófono.

Va a contestar el profesor José Ignacio Núñez.

PROFESOR JOSÉ IGNACIO NÚÑEZ L.: No puedo hablar por los dos profesores, pero al menos yo cuando me refiero a las críticas a la concepción de dignidad humana o a la exacerbación de la dignidad humana, más bien no cuestiono el iusnaturalismo, sino que cuestiono o no cuestiono los soportes iusnaturalistas que hay en esa devoción por la dignidad humana, sino que reconozco o soy más afín a la idea de que los mismos bienes pueden ser protegidos por otras técnicas como los derechos fundamentales, pero sin afirmar que eso nos va a dotar de una única solución, no en el sentido de Dworkin, no nos va a dotar de una solución exegética que podamos extraer y que se emparente con el formalismo jurídico.

Yo soy más de la idea de que no existe una diferencia estructural entre reglas y principios y que todo es interpretable, pero de ahí a sostener que de la interpretación, la única forma de interpretación correcta del contenido de los derechos sea poniéndolo en conflicto con otros derechos, porque eso se debe a un elemento estructural, eso es lo que no me convence; eso es lo que me genera una cierta preocupación por la incerteza jurídica, sin que sea tampoco un fanático de la certeza jurídica.

Esta idea de que cuándo estamos frente a un principio, ¿por qué es determinable a priori en su estructura? ¿Por qué después nos quedó algo ex post de la ponderación? No. Tengo la impresión de que todo precepto jurídico requiere algún grado de interpretación, en algunos casos es más fácil y en otros casos más difícil, pero no de ese grado de indeterminación se va a seguir como única técnica necesaria la ponderación.

PROFESOR RICARDO CHUECA R.: Bueno, la pregunta es extremadamente provocadora para ser a última hora. Pero bueno, los juristas de mi edad y la del profesor Francisco Zúñiga ya estamos, como dicen en España, muy placeados en términos taurinos.

Quiero decir una cosa. Efectivamente el planteamiento nuestro es formalista. Claro que es formalista, porque el derecho es la forma del fondo. Claro, si nosotros no vamos a convertir el mundo, porque si no fuéramos formalistas, por ejemplo, dictaríamos aquí una norma y diríamos nos subimos el sueldo todos en 300%, y la decisión transformaría la realidad. ¿Sí o no? Claro, porque la alternativa desde donde lo dices, es que vamos a poner la dignidad y eso no lo va a mover nadie.

Bueno, a ver, eso es lo alemán. La dignidad humana es intangible. ¿Y qué? Y no podemos cambiar ese precepto. No. ¿Y qué? O sea que cuando quieran cambiar eso tienen que quebrar la Constitución, vulnerarla.

Nosotros somos efectivamente más respetuosos con el devenir de la especie humana, es decir, estos derechos se interpretan de manera distinta, claro que sí.

Bueno, es que el Derecho dice que las normas jurídicas se interpretan con arreglo al espacio y al tiempo. Claro, efectivamente. No vamos a interpretar ahora el concepto de hombre libre de la Carta Magna, según decían en el 1200. O sea que sí. En ese sentido yo por lo menos -no sé si los profesores José Ignacio Núñez y Francisco Zúñiga- somos extremadamente limitados en nuestras ambiciones.

Ahora, el Derecho siempre es una forma. El Derecho es la forma, por la misma razón que para que haya humo tiene que haber fuego.

Si ya por edad nuestra capacidad de transformación está limitada, no porque estemos cansados, ni siquiera por la hora, sino por respeto al resto de los congéneres que componen la especie humana. Yo jamás me fiaría de un Estado en el que gobernara un catedrático de Derecho Constitucional.

Yo le he pedido a la profesora Miriam Henríquez, 30 segundos para dos cosas.

Primero, decir públicamente a los profesores que la próxima vez vendremos con libros sin publicar, para discutir el contenido. Hemos aprendido mucho y ha sido extremadamente útil para mí lo de ayer y lo de hoy. Bueno, no esperaba que fuera de otra manera, pero cuando uno lo ha comprobado ya...

Segundo, y esto es ya invadir la reunión con una cosa distinta.

Ya saben ustedes esa frase que dice que los pueblos que ignoran su historia están condenados a repetirla.

Bueno, yo llevo aquí dos días y los he compartido en una estación casi abrumadora. Personalmente un poco no muy piadosa en favor de la especie humana, porque pasado mañana, el 3 de septiembre de 2015 se cumplen 76 años del comienzo de la Segunda Guerra Mundial. Pero se cumplen también 76 años de la arribada a Valparaíso de un barco con 2200 compatriotas españoles que habían perdido la Guerra Civil, y que fueron recibidos en Chile.

Miren, no estoy amargado por eso. Por eso les puedo dar las gracias incluso a los que se oponían a que vinieran, que también había chilenos que se oponían. Pero hay una cosa que es la que me amarga. Mire, saben ustedes que en nuestro país ahora estamos bloqueando el problema de los 500.000 sirios, porque mi Gobierno dice que sólo acepta 2800 y no 5000, en un Estado que tiene 50.000.000 de habitantes. Eso es lo que de vez en cuando a uno le deprime.

...Aplausos

PROFESORA MIRIAM HENRÍQUEZ V.: Y para cerrar, la profesora Gladys Camacho nos va a dirigir unas palabras de despedida.



PROFESORA GLADYS CAMACHO CEPEDA: Gracias a todos ustedes por permanecer aquí toda la mañana.

Creo que ha sido un privilegio el haber generado toda esta discusión, y sobre todo la oportunidad de poder alternar con profesores de más alto nivel, tanto de nuestro país como los profesores visitantes, en especial al profesor Ricardo Chueca, a Ascensión Elvira y a Gonzalo, que se han dado el trabajo de venir a exponernos el libro, con todas las contribuciones que han podido concentrar en este libro, que yo creo que va a marcar una referencia, va a ser un punto de referencia de las nuevas discusiones que se van a generar.

Nosotros, ustedes saben que este Ciclo de Discusiones sobre el Proceso Constituyente y Nueva Constitución continúa. Es hasta el mes de noviembre, así que los esperamos igual con interés la próxima semana, para la próxima sesión.

Gracias.

...Aplausos

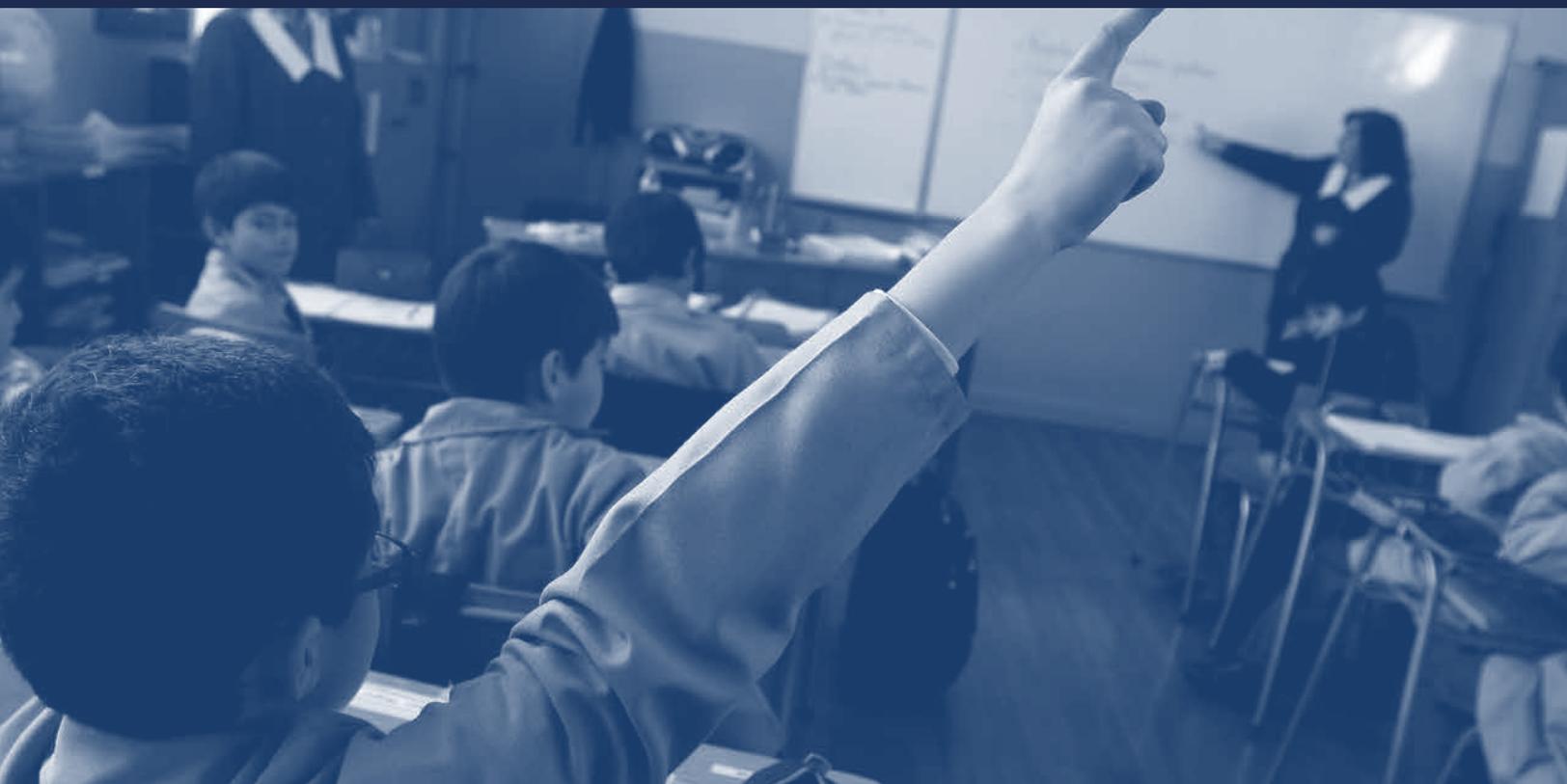


FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Una gran conversación por

CHILE

Proceso constituyente y
nueva constitución política



CAPÍTULO VIII / SESIÓN 3 DE SEPTIEMBRE DE 2015

DERECHO A LA EDUCACIÓN Y
LIBERTAD DE ENSEÑANZA





DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LIBERTAD DE ENSEÑANZA



SESIÓN 3 DE SEPTIEMBRE DE 2015

Expositor:

- *Profesor Carlos Peña G.*

Comentarios:

- *Profesor Ernesto Águila Z.*
- *Profesor Flavio Quezada R.*

Moderadora:

- *Profesora Ana María García Barzelatto*

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Buenas tardes, vamos a dar inicio a este séptimo panel del Ciclo de Discusiones sobre Proceso Constituyente y Nueva Constitución.

En esta oportunidad se trata de un tema de tremenda actualidad y de interés para todos nosotros en Chile, como es el Derecho a la Educación. Sobre este tema va a exponer el profesor Carlos Peña y luego va a ser comentado por los académicos Ernesto Águila y Flavio Quezada.

El profesor Carlos Peña González cursó sus estudios de Derecho en la Universidad Católica de Chile, es abogado y obtuvo un Magíster en Sociología por esa misma Universidad; luego obtuvo el grado de Doctor en Filosofía por la Universidad de Chile.

Él es profesor de Derecho Civil en esta Facultad y también es profesor de Derecho Civil y de Introducción al Derecho en la Universidad Diego Portales, donde fue durante 10 años Decano de esa Facultad de Derecho. Y hoy, desde el año 2007, es Rector de la Universidad Diego Portales.

Es autor de varios libros, capítulos de libros, artículos, pero principalmente yo quisiera destacar la colaboración que él ha tenido en las políticas públicas, relativas a varios temas, pero particularmente en materia de educación. Bueno, y además es de todos conocido por sus muy comentadas e influyentes columnas de todos los domingos en el Diario El Mercurio.

Dejo con ustedes al profesor Carlos Peña.

PROFESOR CARLOS PEÑA GONZÁLEZ: Muchas gracias. En los minutos que siguen, que no excederán los treinta



y cinco -para luego de los comentarios ojalá podamos discutir-, me referiré a las relaciones que median entre el derecho a la educación y a la libertad de enseñanza, deteniéndome en particular en el carácter social que se asigna al primero de esos derechos y en las consecuencias jurídicas que a partir de ese carácter pudieran, según veremos, derivarse.

¿Qué relaciones han poseído en la historia constitucional chilena esos derechos, el derecho a la educación y el derecho a la libertad de enseñanza? ¿Son razonables esas relaciones o deberían ser modificadas? Estas son las preguntas que me parece debemos, en lo que sigue, intentar responder.

Para hacerlo, puede ser útil sin embargo comenzar relatando un incidente en el que a mi juicio se condensan, como si fuera un resumen, esas relaciones.

El año 1872, don Abdón Cifuentes, quien era entonces Ministro de Instrucción Pública, dictó un decreto en el que se permitía a las escuelas privadas tener sus propios examinadores, escapando así a la tutela de la Universidad de Chile, que hasta ese momento certificaba los exámenes en cumplimiento del Principio del Estado Docente, que si bien de manera tímida había consagrado la Constitución de 1833.

Por esas fechas había en Chile 706 escuelas públicas y 401 escuelas privadas, apenas el 10 por ciento de lo que hay hoy día; y entre ellas estaba La Purísima, un colegio pagado que presentó una lista de alumnos aprobados por examinadores, que según denunció Miguel Luis Amunátegui, no existían y nunca habían sido llamados a presenciar las pruebas. El colegio La Purísima, a pesar de su nombre, era una simple apariencia, sostenida por un timador que poco menos que vendía los certificados.

El escándalo, que tomó rápidamente el nombre de La Feria de los Exámenes, como se le conoció en la segunda mitad del Siglo XIX, puesto que pronto se supo que había otros colegios, casi todos religiosos, en la misma situación, encadenó los incidentes que obligaron a renunciar a Abdón Cifuentes; motivó una violenta toma del Instituto Nacional por parte de sus alumnos; forzó la salida de Barros Arana de este último establecimiento como director, y dio en fin lugar a un intenso debate para reformar la educación chilena.

El incidente, cuyos detalles pueden leerse en las memorias del propio Abdón Cifuentes o en el relato más parco que hace Amanda Labarca en su Historia de la Enseñanza, o en el folleto de Barros Arana titulado Mi destitución, revela que el caso de la Universidad del Mar, que hasta hace poco escandalizó a la opinión pública chilena, no fue ni el primero ni el único de esta índole que ha ocurrido entre nosotros, aunque lo significativo es que a pesar de que entre ambos incidentes media más o menos un siglo y medio de distancia, posee la misma e inquietante fisonomía. ¿Qué explicación cabría entonces preguntarse que un hecho como ése pueda repetirse casi con la misma fisonomía en un lapso de casi un siglo y medio?

Cuando las cosas se repiten, en la enseñanza de Hegel y por supuesto de Freud, es porque existe una estructura subyacente que las produce. En el caso del Colegio La Purísima y en el de la Universidad del Mar, esa estructura subyacente, la causa solapada del fenómeno, pudiéramos decir, la constituye la particular relación que en la historia legal chilena, desde la Carta del año 33 a la de 1980, sin que la del 25 haya sido en esto una excepción, han poseído el Derecho a la Educación, por una parte, y la Libertad de Enseñanza, por la otra.

En la Carta de 1833 se consagró lo que ya entonces se llamaba “El Principio del Estado Docente”, según el cual, la



Educación Pública era una ocupación preferente del Estado, pero al mismo tiempo y con mayor énfasis, se estableció la libertad de enseñanza, concebida como el derecho de los particulares de fundar establecimientos de educación de toda índole, los que ya entonces podían recibir subsidios públicos.

Sarmiento, por ejemplo, en su obra sobre Educación Popular, de 1849, se muestra de acuerdo con esta solución que él mismo por lo demás había observado en el sistema norteamericano, esto es, permitir una amplia gama de proveedores privados financiados con subsidios públicos. Y Jorge Hunneus Zegers, desde luego, el gran constitucionalista del Siglo XIX, cuyo busto severo está a la entrada de esta Facultad, agregaba, que eso además parecía inevitable, porque había vínculos muy estrechos -argüía Hunneus- entre la libertad de enseñanza, que protegía la Carta del 33, y la libertad de trabajo.

Esta situación de preeminencia de la libertad de enseñanza, se mantuvo durante todo el Siglo XX, como lo prueba el hecho que la Ley de Instrucción Primaria Obligatoria de 1920, cuyo debate tomó más de una década, estableció que el deber que ella imponía podía cumplirse en establecimientos estatales o privados, y dentro de estos últimos, incluso, dijo la ley en los organizados como sociedades comerciales, las que según dispusieron los Artículos 42 y 44, si eran gratuitas podían ser financiadas con subsidios estatales, en proporción -fijense ustedes- a la asistencia media de los alumnos.

El resultado de la ley de 1920, cuyos principios se mantuvieron durante buena parte del Siglo XX, fue un aumento de la Educación Privada en desmedro de la Educación Pública.

Entre los años 1940 y 1957, la participación Fiscal en la matrícula total, cayó de 80,3 por ciento a 67,5 por ciento; en tanto la privada subió de 18,7 por ciento a 32,5 por ciento. La ley de 1920, que estableció la obligatoriedad escolar, pero mantuvo la libertad de enseñanza, favoreció más a la educación privada, que inicialmente la combatió, que a la enseñanza fiscal, donde se encontraron sus principales partidarios e impulsores.

En el debate actual sobre los problemas que padece la educación chilena, en especial a nivel del sistema escolar, nos gusta decir que ellos son fruto del neoliberalismo rampante que a la sombra de la dictadura habría tomado al pie de la letra las recomendaciones que Friedman el año 1955 formuló en su hoy día famoso artículo El Rol del Gobierno en la Educación, pero desgraciadamente las cosas, en el caso de la historia de la educación chilena no son tan sencillas ni tan fáciles.

La verdad, como lo hemos mostrado, es que la primacía de la libertad de enseñanza que permitió que existiera la Purísima, el Colegio Santa Teresa, en el Siglo XIX, o la Universidad del Mar hasta hace poco tiempo, está muy arraigada en nuestra historia educacional. Y como sugiere la sociología de la educación, por ejemplo, los estudios de Margaret Archer, los sistemas educativos casi siempre portan las marcas de la concesión a los aliados y el compromiso de los oponentes. Los actores disputan el campo educativo y al resolver esa disputa convienen soluciones de compromiso que moldean la cultura y definen así las posibilidades y los límites de las posteriores reformas.

Ahora bien, ¿cuál es -cabría preguntarse- el resultado de esa línea evolutiva, que trazada en el Siglo XIX, como vimos, persiste porfiadamente hasta hoy? ¿De qué manera, si es que en alguna, esa línea evolutiva podría modificarse?

A la luz de lo que acabo brevemente de relatar, tanto el derecho a la educación como la libertad de enseñanza han sido concebidos en nuestra historia constitucional, como acertadamente lo ha subrayado el profesor Atria, en mi opinión, como derechos subjetivos, es decir, como derechos cuya fisonomía básica se corresponde con la propiedad.



El derecho a la educación, concebido como el derecho de los padres de elegir el tipo de educación que ellos prefieren para sus hijos, estaría dotado de una garantía mínima provista por el Estado. Y la libertad de enseñanza, por su parte, sería un título que vinculado con la libertad de trabajo, como subrayaba en el Siglo XIX Hunneus, o la actividad de emprender cualquier actividad económica, como suele decirse hoy día, permite ofrecer provisión educativa.

Esta asimilación del derecho a la educación a un derecho subjetivo, lo priva de su potencial transformador, como ha sugerido Fernando Atria, y lo erige en un derecho efectivamente a demandar servicios educativos mínimos, transformándolo en una suerte de garantía o seguro para cuando la suerte o el destino maltrate al niño o a la niña.

Esa concepción subyacente al Derecho chileno, parece olvidar así que la educación tiene dos características que es necesario subrayar. La primera -como sugirió tempranamente Durkheim, el sociólogo clásico, fundador de la Sociología Educativa- es que la educación es no única, pero esencialmente una práctica mediante la cual las comunidades se reproducen a sí mismas, motivo por el cual no se puede fundar, decía Durkheim, en un interés puramente individual.

Y la segunda característica es que esa práctica, que Durkheim describía como reproducir la conciencia moral que consolida a las comunidades; esa práctica, como agrega por su parte T.H. Marshall, realiza el derecho igual de todos los miembros de una comunidad a desarrollar diferencias o desigualdades.

En otras palabras, el derecho a la educación supone una experiencia comunitaria, una experiencia dialógica, que en vez de inmunizar al individuo contra la injerencia de los demás, lo pone en inmediato en contacto con ellos permitiéndole acceder así a una cierta herencia común que está depositada en el lenguaje y en la tradición. Esta reciprocidad que está a la base de la experiencia educativa, consistente como digo en sumergir al individuo en una experiencia social, en una experiencia de reciprocidad comunicativa de la que no podemos escapar, es lo que le confiere a este derecho todas sus particularidades y le permite diferenciarlo de la libertad de enseñanza, claro está, porque esta última, a diferencia del derecho a la educación, sí que parece ser una mera libertad, un derecho de ejecutar acciones sobre la base de ciertas reglas, pero sin inferencias no consentidas.

Siendo así las cosas y poseyendo esa particular índole la educación como práctica social, ¿cómo debiera entonces concebirse la relación entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, si, como vale la pena repetir, el primero, el derecho a la educación supone una experiencia comunitaria que la segunda, la libertad de enseñanza, no reclama?

Para responder esta pregunta, resulta indispensable, me parece a mí, distinguir los varios problemas que le subyacen. El análisis de cada uno de esos problemas, que es lo que voy a hacer en lo que sigue, ayuda -espero- a definir la fisonomía que debieran tener estos derechos.

Ante todo, por supuesto, cabe preguntarse cómo concebir los derechos que las reglas relativas al derecho a la educación y a la libertad de enseñanza establecen. En la literatura, como todos ustedes saben de sobra, los derechos fundamentales pueden ser concebidos al menos de dos formas extremas. En una de ellas, por ejemplo, la versión de Durkheim, un derecho equivale a una carta de triunfo frente a cualquier argumento utilitarista o referido al bien de la colectividad como un todo. Cuando usted tiene un derecho en este sentido, usted tiene la facultad de hacer o recibir algo, aun cuando por ese hecho, la mayor parte de las personas sufra perjuicio o esté peor.

En otra concepción, en cambio, un derecho fundamental es un mandato de optimización. Decir que usted tiene un



derecho a algo en este sentido, querría decir, como por ejemplo explica Alexis, que ese algo debe ser realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.

Ahora bien, según veremos de inmediato, el derecho a la educación supone cuando se atiende a su origen histórico y a sus funciones sociales, una cierta idea del bien de la colectividad como un todo, lo que impide, por su parte, que la libertad de enseñanza que se relaciona con él, pueda ser concebida al modo de una carta de triunfo que pueda derrotar, como dice Durkheim, cualquier razonamiento agregativo.

Dicho de otra forma, si la libertad de enseñanza fuera una carta de triunfo, entonces sería muy difícil controlar casos como el de la Escuela La Purísima. Si se considera de esa forma la libertad de enseñanza, ello supondría cancelar, en verdad, la idea misma de educación, y es que ella, por su misma índole, es una cuestión pública que supone, como venimos diciendo, y subraya tempranamente Durkheim, relaciones de reciprocidad.

Por supuesto, el derecho a la educación concebido de esa forma -más parecido a un mandato de optimización que a una carta de triunfo- no parece justiciable en la misma medida que un derecho subjetivo, salvo cuando se traduce en bienes directa y fácilmente mensurables, como por ejemplo, acceso gratuito o un nivel de calidad medido por algún sistema estandarizado, etcétera. Una vez, como lo acabamos de hacer de manera preliminar, dilucidado bajo qué concepción deben ser entendidos esos derechos, cabe preguntarse si ellos son civiles, políticos o sociales.

La libertad de enseñanza, concebida como un espacio o ámbito de inmunidad para emprender proyectos educativos, parece un derecho civil, un derecho de esos que protegen libertades. El derecho a la educación, en cambio, puede ser concebido de dos formas. A saber, como la libertad de escoger a un proveedor educativo sin costo, el derecho en otras palabras a una prestación mínima, que es como hasta ahora se ha concebido entre nosotros, o como el derecho a una experiencia formativa común, distribuida igualitariamente en la máxima medida posible, que es como había que concebirlo, si como pienso se trata de un derecho social de la índole que define Marshall, y entre nosotros, Fernando Atria.

T.H. Marshall argumentaba que la segunda concepción era la correcta, es decir, que se trataba del derecho a una experiencia formativa común, distribuida igualitariamente en la máxima medida posible.

“El Derecho Social” -decía Marshall- “tiene un fundamento distinto al de los derechos civiles y políticos, puesto que él expresa nuestra pertenencia a la comunidad, el derecho que tienen los ciudadanos a participar de la común herencia social”. No es un derecho establecido -por decirlo así- solo en interés del individuo, sino que también existe el interés de la comunidad a la que el individuo pertenece.

Así lo pone por lo demás de manifiesto -agregaría yo- el origen de los sistemas escolares de masas. Los sistemas escolares de masas, que no tienen más de dos siglos en el mundo, nacieron atados a dos ideales normativos de la máxima importancia. Uno de ellos fue el ideal meritocrático; el otro fue el ideal de la ciudadanía.

Conforme al primero, se abrigó la esperanza de que la escuela pudiera borrar las trazas de la cuna, independizar a los niños de las condiciones en las que habían llegado a este mundo y distribuir las oportunidades en base al esfuerzo que cada uno de ellos fuera capaz de hacer. La escuela fue vista así siempre como el punto de partida común capaz de corregir las desigualdades de la herencia.



Conforme al segundo de esos mismos ideales, el ideal de ciudadanía, se vio a la escuela como una primera experiencia ciudadana, como una institución que anticipaba en la trayectoria vital de niños y de jóvenes la vida plural y diversa de la ciudad, de la civitas.

Ir a la escuela, separarse de la incondicionalidad del hogar, se pensó siempre, permitiría que los niños y los jóvenes adquirieran las virtudes y los valores que eran necesarios para la vida ciudadana y para la vida democrática. De esta manera, la modernidad vio en la escuela -esto avala la índole social que el derecho a la educación poseería- la institución que podría hacer más vigorosos y más reales los dos ideales que la legitimaban: la igualdad en base al mérito y la vida democrática.

Allí donde la escuela se expandiera, se creyó siempre que la suerte de los seres humanos sería menos hereditaria y menos adscriptiva y la toma de decisiones tendría más posibilidades de contar con la participación de todos. La Escuela fue entonces la institución donde se cruzaban dos ideales normativos que, como hemos visto, están a la base de la modernidad.

Así entonces, no parece caber duda de que el derecho a la educación debiera ser establecido como el derecho igual de los ciudadanos a contar en principio con una experiencia cognitiva que les permita desarrollar diferencias y desigualdades justificadas.

Una vez que se fija lo anterior, es decir, una vez que se establece que el derecho a la educación debiera acercarse más a un mandato de optimización que a una carta de triunfo, y luego que acto seguido se agrega que posee la fisonomía de un derecho social más que un derecho de otra índole, cabría preguntarse ahora ¿cómo debe organizarse su provisión? ¿A través del Estado o también mediante provisión privada? ¿Podrá derivarse del carácter social, que indudablemente ese derecho posee la necesidad de una provisión exclusivamente estatal?

Para responder esta pregunta, la pregunta de cuál debe ser la índole de la provisión educativa, supuesto que el derecho a la educación es social, es útil, me parece a mí, echar mano a una distinción que hace Goodman.

Goodman sostiene que hay dos tipos ideales de sistemas educativos. Uno de ellos, lo llama el Estado-Familia, un Estado que reclama para sí la autoridad educativa exclusiva como una manera de establecer armonía entre el bien social y el individual. Un tipo de Estado-Familia, para usar los términos de Goodman, sería, por ejemplo, un sistema con provisión estatal única.

Al lado de él, continúa siempre Goodman, existe ya no el Estado-Familia, sino el “Estado de las Familias”. En éste, la autoridad educativa radica ante todo en los padres, quienes pueden organizar libremente y escoger también libremente, el tipo de educación que prefieren para sus hijos.

¿Qué tipo de institucionalidad educativa un Estado-Familia o un “Estado de las familias”. Para repetir las palabras de Goodman, ¿se sigue del hecho que la educación es un derecho social de la índole que analizan Durkheim o Marshall?

Hay varias circunstancias que parecen inclinar la balanza en favor de algún tipo de Estado Familia, o sea, un sistema de provisión única. Desde luego, como lo sugieren múltiples autores -el más notorio, lo he repetido ya, Durkheim y desde luego al propio Marshall-, mediante el sistema educativo las sociedades reproducen y configuran lo que pudiéramos llamar su conciencia moral, un puñado de valores y de principios que configuran su identidad y la identidad de sus miembros.



Esta función de la educación, se acentuó especialmente durante el periodo de formación de los Estados nacionales. Durante el Siglo XIX, las élites intentaron mediante la escuela -fue el caso de Chile, desde luego- generalizar códigos comunicativos, valores y una memoria común que hiciera posible a una comunidad política homogénea, como es la nación. Esto es lo que explica, por supuesto, los dichos orgullosos del Ministro de Napoleón, que mostraba con orgullo de qué forma a una determinada hora, en todas las escuelas de Francia, los niños leían el mismo capítulo de Virgilio.

El sistema escolar o educacional, también tiene funciones distributivas, que son de importancia social. Mediante la educación, las sociedades intentan, como vimos recién, corregir las arbitrariedades de la cuna y del azar natural. Éste es un viejo tema que se encuentra ya en Platón. En *La República*, por ejemplo, Platón sugiere separar a los niños de las familias como única manera de suprimir las ventajas inmerecidas de la herencia. La escuela es una institución que se funda en el principio que la repartición de méritos y de oportunidades debe estar basada en el desempeño, borrando entonces en lo posible las circunstancias de origen. En otras palabras, la promesa de la educación es que el destino de los nuevos miembros de la sociedad dependa de su voluntad de logro.

La educación, en fin, también cumple funciones estrechamente vinculadas con la ciudadanía; las competencias que son necesarias para el ejercicio de la ciudadanía, una experiencia cognitiva común, que permita a las personas reconocerse como iguales.

El empleo de un mismo código comunicativo y las virtudes que hacen a un buen ciudadano, disposición al diálogo, a dejarse persuadir por buenas razones, son claves, claro está, para el funcionamiento de la democracia.

Como sean los ciudadanos del futuro y cuan cohesionada sea nuestra comunidad política es una cuestión por supuesto que depende del sistema escolar que tengamos hoy día.

Cuando un niño ingresa al colegio y aprende a participar de una experiencia común no guiada por la familia, empieza por supuesto a incorporarse a la civitas, a la polis, a la ciudad. Todas esas funciones, parecieran dar la razón a Marshall cuando enfatiza que es la sociedad la principal interesada en la educación, más que el individuo. Razón de sobra, al parecer, para inclinarse entonces en principio por alguna forma de Estado-Familia, o sea por una provisión educativa exclusivamente estatal. Pero ocurre que hay otras funciones que la educación cumple en las sociedades contemporáneas, que aconsejan relativizar esa conclusión y parecen ahora inclinar la balanza hacia una figura más cercana al “Estado de las Familias” y no sólo al Estado-Familia.

Desde luego, la educación crea y fortalece eso que suele llamarse “capital humano”, que es un bien predominantemente privado. Es verdad, por supuesto que hay correlaciones entre crecimiento económico y nivel educacional de los países, y que ello hace del “capital humano” un bien, en parte público. Pero también es cierto que quien internaliza ese capital es el primero que se beneficia con él, es decir, el propio estudiante. Por eso como el propio T.H. Marshall sugiere, la educación es también un principio de desigualdad o de estratificación social.

A lo anterior se suma que en las sociedades contemporáneas, que reconocen las libertades de religión y de conciencia, el sistema educativo también cumple la función de reproducir el modo o forma de vida que los padres estiman mejores para sus hijos.

Las sociedades democráticas son sociedades diversas, heterogéneas, en ellas conviven diversas y disímiles formas de



vida, y la escuela es también es el lugar mediante el cual los diversos grupos intentan reproducir sus valores. La pluralidad de una sociedad democrática, religiosa o de otra índole también se expresa en el sistema escolar.

Todas estas funciones que la escuela cumple en las sociedades contemporáneas, hacen difícil -como adelanté denantes- la decisión de si la provisión escolar ha de ser exclusivamente estatal como un Estado-Familia, o si en cambio debe moverse en el extremo opuesto, esto es como el Estado de las Familias.

Pero puesto a formular algunas sugerencias en este punto, quizás esas funciones que la escuela cumple en las sociedades contemporáneas, hasta cierto punto funciones contradictorias que riñen entre sí, aconsejan estimular una provisión mixta, como la que existe en Chile desde el Siglo XIX, aunque agregaría yo, con predominancia estatal.

La predominancia estatal -creo- permitiría asegurar ciertas características que si no coinciden estrictamente con la experiencia común de que hablan insistentemente Durkheim y Marshall, algo difícil de alcanzar, claro está, en las condiciones contemporáneas si permiten, me parece, asegurar el logro de ciertos bienes comunes como por ejemplo un currículum nacional. O sea, un contenido cognitivo común; el manejo de un mismo código; la prosecución de determinadas certezas comunes; el aseguramiento de la calidad; la realización de ciertas prácticas que anticipan la vida ciudadana; el estímulo a la diversidad de la población estudiantil, etcétera. Creo yo que todo eso puede alcanzarse con un sistema mixto, aunque, repito, con predominancia estatal.

Establecido lo anterior, es decir, una vez que establecimos el tipo de derecho, que era el derecho a la educación, el carácter social que poseía y el modo de provisión que se aconsejaba, cabe ahora preguntarse si es admisible el uso de subsidios en el sistema educativo.

T.H. Marshall advirtió que la tarea de los derechos sociales no era exactamente la de igualar la renta de los ciudadanos, que es lo que se logra con subsidios, igualar la renta, sino, insistió Marshall, el propósito de un derecho social es igualar el estatus de los ciudadanos. Algo -dijo- que sólo podía alcanzarse por la vía de someter a las personas a una misma experiencia social.

De ahí entonces que él tenía razones, como ustedes advierten, para rechazar en materia educativa el uso predominante del subsidio. La transferencia de subsidios para igualar la renta no se traduce en la igualación del estatus o de la experiencia. Esto último, sugirió Marshall, solo se alcanzaría por la vía de instaurar servicios gratuitos y universales.

Es verdad, dijo él, que los servicios universales aumentan la diferencia de renta, puesto que los más ricos liberan recursos para destinar a otros fines, dijo Marshall, pero proveen una misma experiencia nueva para todos los ciudadanos por igual, con prescindencia de su origen. Esta solución de Marshall exigiría igualar la provisión educativa más allá de lo que se alcanza con un currículum nacional, instalando, como veíamos recién, un sistema de provisión estatal lo más uniforme e integrado posible y con financiamiento directo a la oferta.

Lo que sugiere Marshall, es algo que hoy día mismo suele repetirse una y otra vez en el debate que estamos llevando adelante en Chile. No basta con igualar las rentas, por ejemplo, mediante subsidios -se dice- para que la educación realice el ideal de igualdad. Para ello es imprescindible que la educación se asemeje a una experiencia universal común.

La razón de esto sería que la educación incentiva a las personas hacia el interés público y les permite compartir un



mismo ideal de comunidad. De ahí que, en su particular lenguaje, Marshall sostuviera que los derechos sociales, y el de educación, ya lo hemos dicho, eran para él uno de los más característicos; estaban destinados a cambiar, decía él, la totalidad del edificio social, por la vía de proveer de una nueva experiencia a todos. Hoy día se prefiere decir “cambiar el paradigma”. Marshall decía “cambiar el edificio social”.

Pero, como ya vimos, la razón por la que Marshall abogaba por un rechazo del subsidio, era porque pensaba que la educación tenía ante todo la tarea de proporcionar la misma oportunidad a todos de participar de una misma experiencia común. De ser así, él tenía toda la razón al sostener que era mejor proveer de una misma experiencia aún al precio de desequilibrar la renta, transfiriendo recursos a los más ricos.

Pero como vimos denantes, cuando revisábamos las funciones que la educación cumple en la sociedad contemporánea, esa descripción de Marshall parece muy unilateral. Incurrir en el vicio denunciado en las investigaciones filosóficas, un concepto demasiado unilateral, puesto que olvida que hoy día la educación también equivale en parte a un bien privado, y debe ser sensible entonces, a la diversidad de formas de vida.

De ahí que un sistema mixto con igualación de rentas mediante subsidios es perfectamente compatible con el carácter social del Derecho, puesto que su titularidad derivaría de la membresía comunitaria y su acceso se independizaría de la renta de mercado.

Una vez que se ha logrado siquiera insinuar tanto la filosofía institucional del Derecho como la forma de su financiamiento, lo que cabe finalmente preguntarse es si el derecho a la educación y a la libertad de enseñanza, caracterizado de la manera que lo he hecho en lo que antecede, se extienden a todo el ciclo educativo o solo deben alcanzar a la enseñanza obligatoria.

¿Es posible extender las precedentes consideraciones que sin duda se aplican al ciclo de 12 años de escolaridad, también a la educación superior, y particularmente a la educación universitaria? Marshall puede de nuevo ayudarnos a resolver este punto.

Marshall sugirió que el sistema educativo procuraba asegurar una igual oportunidad de ser desigual. La fórmula, de apariencia rocambolesca, indica el hecho fundamental que la escuela es meritocrática; es decir, distribuye recursos y oportunidades personales en base al desempeño, alcanzando así, al final, una desigualdad, pudiéramos decir, justificada.

La precedente característica del sistema escolar explica por su parte, que el Sistema de Educación Superior sea selectivo y de ingreso meritocrático. Vale decir, los lugares que aseguran un puesto alto en la escala invisible del prestigio y del poder, no están a disposición de todos, sino que en términos generales, se debieran asignar sólo a los de mayor rendimiento.

Si en el sistema escolar hay un derecho a la participación igual, acerca de lo cual no tengo ninguna duda, ello no ocurre en el sistema de educación superior, donde el derecho alcanza nada más que a la apreciación imparcial del propio mérito. Lo anterior se condice además con el hecho que las instituciones de educación superior, particularmente las universidades, tienen una inspiración original radicalmente diferente a las del sistema escolar. Si la escuela se inspira en los ideales meritocráticos y ciudadanos, la universidad moderna, en cambio, nació o para apoyar los objetivos nacionales, como ocurre con el Modelo Napoleónico, o para el cultivo de la ciencia, como ocurre con el Modelo Humboldtiano.

Esta diferencia fundamental, entre el sistema de escolaridad obligatorio, por una parte, y la educación superior, por la otra, se ha tendido a olvidar en el debate público que llevamos entre nosotros, tratándose a las instituciones de uno y otro sector educativo de manera más o menos indistinta.



Se trata, me parece a mí, de un error, aunque de un error derivado, sin duda, del hecho que al no existir entre nosotros el principio meritocrático en el sistema escolar, la selectividad posterior de la educación superior aparece como injustificada. Pero si, como he venido sugiriendo, el acceso a la educación obligatoria se trata como un derecho social en el preciso sentido que aquí se ha indicado, o sea, con un sistema de provisión mixta, con predominancia estatal e igualación de rentas, no parece haber obstáculos normativos para concebir un sistema de educación superior que asegure el acceso bajo el principio de igualdad de rentas, mediante subsidios, que además sea selectivo y diverso.

Abdón Cifuentes, el Ministro que debió renunciar como consecuencia del escándalo que desató el Colegio La Purísima, alega en sus memorias que la suya fue una batalla por evitar que el Estado se hiciera del monopolio de la educación, colonizando la conciencia de los niños. Si el Estado hubiera logrado eso, decía Abdón Cifuentes, la libertad de religión y de conciencia se habría hecho en Chile sal y agua. Los detractores de Abdón Cifuentes, a propósito siempre del incidente de La Purísima, en tanto, siempre dijeron que si se toleraba la libertad de enseñanza a ultranza, la cohesión social y el futuro de la República estarían en peligro.

Los argumentos de los comienzos de la segunda mitad de Siglo XIX, como ustedes ven, no son nada distintos de los que se esgrimen hoy día. Y como enseña la historia, el campo educativo es siempre el campo de batalla por el control de la cultura, de la esfera pública, ese ámbito donde se moldea la vida en comunidad. Por eso –quizás–, a diferencia de lo que ocurre con los derechos vinculados a la autonomía individual, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza requieren una definición política de base, una respuesta a la pregunta que según Platón está a la base de todas las demás preguntas. ¿Cómo queremos vivir? ¿Queremos vivir en una sociedad contributiva, una sociedad en la que cada uno recibe en materia de educación, salud o vivienda tanto como aportó; o en cambio preferiremos vivir en una sociedad de prestaciones universales, es decir, una en la que cada uno recibe cierto tipo de bienes, en razón no de lo que aporta, sino que simplemente de su pertenencia a la comunidad política. En la respuesta a esta pregunta, me parece a mí, está la fisonomía definitiva que decidamos conferir al derecho a la educación.

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muchas gracias por su intervención, profesor Peña

A continuación escucharemos el comentario del profesor Ernesto Águila Zúñiga, quien es académico de la Universidad de Chile; es Psicólogo, con estudios de post grado en Ciencia Política y Doctor en Educación por la Universidad de Barcelona. Actualmente es Director del Departamento de Estudios Pedagógicos (DEP) de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad de Chile; es profesor de cursos de educación; investigador en áreas educativas y autor de varios libros sobre materias de su especialidad, entre los que destaca *Del Estado Docente al Estado Subsidiario*, de la Escuela Pública Selectiva a la Escuela Segregada, publicado el año 2013.

Profesor, adelante.



PROFESOR ERNESTO ÁGUILA ZÚÑIGA: Quiero comenzar por saludar y agradecer la invitación de la Facultad de Derecho y, particularmente, del Departamento de Derecho Público y a su Directora profesora Ana María García.

El profesor Carlos Peña no ha ofrecido una interesante exposición sobre el contenido y la evolución histórica de los principios constitucionales de libertad de enseñanza y derecho a la educación. Históricamente se puede observar una profunda lucha política y cultural en torno al significado conceptual y práctico de ambos principios. Podemos afirmar que en torno a ellos se ha librado -entre distintos grupos políticos, ideológicos y religiosos- buena parte del debate en educación en los últimos dos siglos. En este sentido, no cabe sino esperar que en el marco del actual “proceso constituyente” también sea un motivo de diálogo y controversia la manera de entender y definir dichos principios.

Resulta interesante constatar la génesis del principio de “libertad de enseñanza” en nuestro ordenamiento constitucional. Como lo recuerda la profesora María Angélica Figueroa en la Constitución de 1833 no está establecida la libertad de enseñanza. Ésta se incorpora sólo en 1874. Bajo un Estado que declara su confesionalidad católica en su Artículo 5, la noción de libertad de enseñanza no parece ser de particular interés para los conservadores de entonces. A su vez, el Estado confesional se traducía en una educación pública que incluía la formación religiosa de manera central en su proyecto. Ello también permite leer contextualizadamente la noción de un Estado que se define por promover la educación pública de manera preferente, bajo el predominio conservador.

La libertad de enseñanza viene así promovida desde los sectores liberales y de sus luchas en torno a la libertad de conciencia y de laicización del Estado. Hacia 1874 los liberales gobiernan; se han impregnado del ideario positivista; y han ido haciendo madurar una idea laica de Estado al interior de la élite.

En este nuevo contexto histórico para los liberales la educación pública y el Estado adquieren un especial atractivo dada su nueva situación de poder, mientras para los conservadores la educación pública ha comenzado a dejar de ser un lugar seguro para la educación religiosa católica, por lo que adhieren, tardíamente, a la idea de libertad de enseñanza promovida históricamente por los liberales, produciéndose hacia 1874 un amplio consenso del principio de libertad de enseñanza. En los años siguientes ello dará un impulso a la creación de la Pontificia Universidad Católica y de importantes colegios confesionales católicos en el nivel escolar.

En este sentido, el Siglo XIX está fuertemente marcado por el debate sobre el encaje de la enseñanza religiosa católica en el sistema educativo chileno. Me parece que en esta etapa histórica el rol de elección de los padres o de las familias, o de los privados, a la manera como lo entendemos conceptualmente en el presente no es lo esencial, constituyendo el eje del debate y de la disputa el lugar y la relación de la educación religiosa católica con el Estado y con la educación pública.

En este contexto, es interesante observar la manera alternada como conservadores y liberales argumentan sus proyectos, con más o menos acercamientos al Estado y a principios como el de libertad de enseñanza, según sus posiciones de poder más que sobre la pureza de las convicciones doctrinarias

Otro momento clave en la definición de los principios de libertad de enseñanza y derecho a la educación se da en torno a la Constitución de 1925. En ella se consagra la educación primaria obligatoria, que ya era ley desde 1920. Se reconoce de esta forma un deber del Estado anterior a la libertad de los padres a asegurar la escolaridad de todos los ciudadanos hasta un cierto nivel. Se tensiona así, en esta coyuntura histórica constituyente, la libertad de las familias sobre la educación de los hijos y las



responsabilidades del Estado en la escolarización de la población. El último argumento conservador que resiste la obligatoriedad de la educación primaria, es el derecho de los padres que se invoca de no educar a sus hijos en las escuelas si ello fuese su voluntad.

Conviene destacar que en la Constitución del 1925 se reconoce nuevamente, como en 1833, la educación pública como un fin preferente del Estado. Se desarrolla desde entonces y hasta 1973 un sistema educativo mayoritariamente estatal, con un subsistema de educación particular pagada y experiencias muy acotadas -financiadas solo parcialmente por el Estado- de lo que hoy llamaríamos una educación particular subvencionada. En esta etapa se entienden el derecho a la educación fundamentalmente como un derecho de acceso y la escolarización obligatoria -a través de la educación pública- como el sistema mediante el cual se va produciendo la integración y movilidad de nuevos grupos y sectores sociales, en el marco de la conformación y ascenso de las clases medias.

La Constitución de 1980, constituye otro momento clave de redefinición y quiebre histórico en torno a la concepción y lectura de estos dos principios, particularmente a partir del rol del Estado dentro del sistema educativo. Como hemos visto, por razones diversas, distintos sectores de la élite en cada época, habían encontrado en el Estado y en la educación pública el instrumento para el desarrollo de una cierta visión de nación. Una idea de Estado Docente había recorrido la construcción republicana, lo que comienza a resquebrajarse en 1981.

En la caída del Estado Docente confluyen dos doctrinas de naturaleza diversa. La subsidiariedad del Estado de raíz en la doctrina social de la Iglesia y las ideas neoclásicas o neoliberales, las que en su particular amalgama histórica releen y resignifican los conceptos de libertad de enseñanza y derecho a la educación, cuestión que se mantiene sin grandes variaciones hasta el presente.

En este nuevo contexto político-constitucional y doctrinario -dicho de manera sintética- la educación se reordena en torno a los siguientes ejes y principios.

- A. *La educación pública deja de ser un fin preferente o primordial del Estado y se acota el rol de éste a asegurar -vía financiamiento- un sistema de educación básico y medio gratuito*
- B. *La libertad de enseñanza, pasada ahora por el cedazo doctrinario de la subsidiariedad, es entendida no solo como la libertad para fundar y administrar colegios como se interpretó esta norma en la Constitución del 1925, sino también como la obligación del Estado de financiar dichos proyectos educativos en su integridad.*
- C. *El principio de subsidiariedad resignifica así lo estatal ya no como un espacio de realización y construcción de lo común sino como el lugar de coacción de la libertad del individuo y de los cuerpos intermedios (en este sentido lo público es concebido como una anomalía histórica transitoria de lo privado).*
- D. *La libertad de elección de los padres adquiere bajo esta concepción especial relevancia no solo como argumento moral sobre el rol de la familia en la educación de los hijos, sino como parte del dinamismo de mercado que se imprime al sistema educativo: la libre elección de los padres es parte importante del engranaje de una idea de mejoramiento de la calidad educativa vía mercado y competencia entre los establecimientos educativos.*
- E. *La hipertrofia a que se somete la educación pública vía municipalización, internalizando con ello las desigualdades territoriales e introduciendo a la educación pública en el mercado vía la competencia por la subvención a la demanda.*



Cabe una breve digresión sobre las condiciones que posibilitan esta convergencia doctrinaria entre subsidiariedad del Estado de raíz en la Doctrina Social de la Iglesia y el planteamiento neoclásico de libre mercado. Más allá de consideraciones político-históricas, desde el punto de vista doctrinario ambas convergen en su desconfianza profunda sobre el Estado y por extensión sobre lo público.

En un caso -el de la subsidiariedad- la concepción anti Estado nace de la idea moral de la realización de la libertad “trascendente” del individuo frente al Estado y, por otro, desde la doctrina neoclásica, se funda en la idea de un Estado que debe poner toda su fuerza en su propia retractación en favor de un mercado que pueda actuar con las menores interferencias posibles. De esta forma se configuran las condiciones conceptuales para tratar no solo de manera indiferenciada lo público y lo privado sino, incluso, para subordinar o esta particular lectura del principio de subsidiariedad, de lo público a lo privado.

Por último, quisiera proponer algunas ideas y criterios a tener presentes en los debates sobre el capítulo constitucional sobre educación, en el marco del proceso constituyente y de una nueva Constitución hoy en curso.

- a. *Se debiera considerar reponer la idea presente en las Constituciones de 1833 y 1925 de la educación pública como un fin preferente del Estado. Ello constituiría un punto de inflexión en la superación de la actual concepción subsidiaria y mínima del Estado en educación.*
- b. *Definir como un objetivo explícito de la educación en general y de la educación pública en particular la formación en ciudadanía y derechos humanos. Situar la formación para la democracia como el horizonte ético común de la educación del país, asegurando dicho objetivo a través de la educación pública.*
- c. *Repensar el derecho a la educación no solo un derecho de acceso sino en la actual fase de masificación establecer nuevas cualidades asociadas a éste, particularmente asegurando condiciones de excelencia comunes a todos los establecimientos educativos, como obligación del Estado y no como producto de la competencia de mercado.*
- d. *Favorecer el acceso preferente a una educación pluralista, ciudadana y pertinente en términos interculturales. La educación pública del futuro debiera tener características comunes, permitiendo con ello experiencias compartidas, lo que está a la base de la idea de educación pública, pero también debiera poder contener proyectos educativos diversos. La diversidad no debiera entenderse a futuro solo como un atributo exclusivo de la educación privada.*
- e. *Repensar las tensiones que se producen no solo entre la libertad de las familias a elegir la educación de los hijos, por un lado, y el Estado, por otro, sino también las tensiones entre el nuevo status de ciudadanía que se reconocen a jóvenes y niños -por ejemplo, a través de la Convención de los Derechos del Niño- y el lugar de las familias en la elección y definición de la educación de éstos. La formación ciudadana entendida de manera universal exige un tipo de experiencia pedagógica que incentive un contacto con la diversidad social, ideológica, religiosa y cultural de la sociedad.*

Por último, reiterar que el debate que seamos capaces de dar, así como la definición que finalmente adquieran en nuestro nuevo marco constitucional los principios de libertad de enseñanza y de derecho a la educación, serán decisivos una vez más en nuestra historia para la organización y dirección que adopte nuestro sistema educativo en los próximos años.

Muchas gracias.



...Aplausos

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muchas gracias profesor Águila.

A continuación escucharemos el comentario del profesor Flavio Quezada Rodríguez, que es licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Abogado por la Universidad de Chile, es Diplomado en Derecho e Instituciones de la Unión Europea por la Universidad Complutense de Madrid y actualmente cursa el Magíster en Derecho, con mención en Derecho Público en la Universidad de Chile; ha sido Abogado asesor del Tribunal Constitucional. En la actualidad es asesor de la Ministra de Educación y profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Valparaíso.

Adelante profesor.

PROFESOR FLAVIO QUEZADA RODRÍGUEZ: Muchas gracias por la invitación.

I

En verdad, me da un poco de pudor compartir esta mesa con dos intelectuales tan destacados. Espero ser capaz de exponer algunos puntos que puedan resultar de interés. Sostendré que (i) la regulación fundamental del sistema educativo es un asunto materialmente constitucional y que, por ello, resulta ineludible en el actual proceso constituyente al que nos convoca la Presidenta; (ii) que comparto el desarrollo histórico expuesto por quienes me antecedieron en el uso de la palabra, pero debo manifestar un matiz al respecto; y, por último, (iii) quisiera exponer la necesidad de replantearnos la relación entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza en el futuro texto constitucional.

Es importante destacar de la exposición que hizo el profesor Peña, que la educación es un asunto materialmente constitucional, que en la discusión sobre el actual proceso constituyente resulta del todo ineludible hacernos cargo de este tema.

Con todo, comparto el matiz que planteó el profesor Águila recién, respecto a la línea de continuidad histórica que trazó el profesor Peña en el sistema educativo chileno. Si bien es cierto que existe una continuidad, que se mantuvo durante la dictadura cívico militar, referente a la provisión mixta; ello no obsta al radical quiebre en nuestra tradición republicana plasmada en el sistema educativo que se materializó durante dicha dictadura.

Lo que han señalado los movimientos estudiantiles los años 2006 y 2011, no es más que, en cierto sentido, volver la senda republicana del sistema educativo chileno. Por lo mismo uno podría incluso decir que la reforma educativa actualmente en curso, si bien es revolucionaria desde la perspectiva de que intenta cambiar el sistema educativo completo, en todos sus niveles y elementos estructurales; no es menos cierto que, desde cierta perspectiva, es también conservadora, en el sentido que se plantea volver a la tradición histórico-republicana que caracterizó a nuestro país hasta antes del quiebre de 1973.

II

La Constitución importa porque contiene las decisiones políticas más significativas de la estructura del Estado. Si eso es así ¿qué sistema educativo debemos adoptar? Es una pregunta que resulta ineludible para cualquier Constitución. Y las razones,



el profesor Carlos Peña ya las expuso de sobra. En razón de lo mismo, la discusión constitucional nacional no ha obviado este punto y lo ha plasmado en los diversos textos constitucionales, como aquí se ha expuesto por el profesor Águila.

Aquí también se expuso que la tradición republicana nacional en materia de la construcción de nuestro sistema educativo siguió cierto rumbo, que se cristalizó en una característica ininterrumpida: la provisión mixta.

Pero en este punto sí creo que es pertinente, como ya mencioné, hacer un matiz. Si bien es cierto que la dictadura cívico militar mantuvo la provisión mixta como un equilibrio entre el Estado Docente y la Familia Docente, siguiendo más o menos las categorías que aquí se han planteado, el sistema educativo nacional sufrió una tremenda transformación que ha sido destacada por varios autores nacionales, como Carlos Ruiz y Cristián Bellei.

De hecho tan profunda fue dicha transformación y carente de precedentes internacionales, que este último autor, Cristián Bellei, en su más reciente publicación lo cataloga como “el gran experimento”. Es un modelo basado -como también se mencionó- en la libertad de las familias como un derecho ultra reforzado, en la subvención a la demanda y no a la provisión del servicio educacional, en un sistema de crédito para los Educación Superior y no de financiamiento a las instituciones, en el cual la educación pública deja de cumplir su histórica misión de constituirse en el lugar de encuentro de los sectores sociales y se transforma en una educación municipalizada destinada a aquellos estudiantes de familias carentes de capacidad de pago de financiamiento compartido, es decir, se destina exclusivamente a los sectores más desfavorecidos de la sociedad.

El resultado de todo lo anterior, es que tenemos uno de los sistemas educativos más segregados del mundo, lo cual impide que cumpla las funciones de la educación, y que acá bien se han expuesto. El objetivo quizás no deseado conscientemente, pero real, ha sido que ciertos sectores han mantenido privilegios injustamente adquiridos en la reacción cívico militar de 1973.

Como ha señalado el profesor Carlos Ruiz en sus diversos trabajos, la dictadura cívico militar destruyó nuestra tradición republicana, que siempre entendió que el sistema educativo no podía ser organizado conforme a las reglas del mercado, como tempranamente lo señaló también Valentín Letelier. La Educación cumple funciones sociales que resulten ineludibles para el Estado. Y por lo mismo, le exigen una participación particularmente activa.

Si quisiéramos analizar el genuino resultado de la tradición republicana en la consagración de nuestro sistema educativo, ello debemos verlo en lo que establecía la Constitución chilena precisamente hasta antes del quiebre de dicha tradición.

En el antiguo numeral 7 del Artículo 10 de la Constitución de 1925, en su versión reformada en el año 1971, se permitían importantes habilitaciones para la intervención estatal de diversos tipos, cuyas disposiciones, si siguieran vigentes, impedirían jurídicamente la instauración de un modelo de mercado que se intenta abandonar con la actual reforma educacional en curso.

En dicho texto fundamental se establecía la existencia de un sistema nacional en el cual la educación pública, como aquí ya se expuso, tenía una función primordial por parte del Estado, y los privados no eran más que colaboradores de aquél; existía precisamente colaboración y no competencia, como en el mercado, y eso a nivel constitucional. Se reconocía que la educación privada podía ser financiada públicamente, pero se le exigía un régimen jurídico distinto, ¿y cuál era ese régimen jurídico distinto? Se proscribió el copago y la finalidad lucrativa. Es decir, la ley de inclusión escolar, promulgada este año, lo único que ha hecho, es volver a encauzar el sistema educativo a esta tradición republicana.



La educación universitaria no se entendía como un beneficio para quien la recibe, como si fuera un bien de consumo, sino en beneficio de la colectividad. Por ello se le imponía al Estado el adecuado financiamiento de las universidades. Esto es, se financiaba a las universidades, no al estudiante a través de créditos, que todos sabemos cuáles son sus dramáticas consecuencias.

III

Quisiera plantear cuáles debieran ser las directrices normativo constitucionales que debiera tener el nuevo texto en esta materia. Si bien por razones de tiempo, no se puede hacer un análisis dogmático detallado de lo que establece actualmente la Constitución y cómo ello podría impedir que el sistema educativo cumpla sus funciones, sí creo que es posible plantear ciertas directrices iniciales.

Russell nos señala que existen, al menos, dos visiones sobre cuáles son los objetivos de la educación. Unos lo plantean en relación a la psiquis individual y otros en relación a la comunidad. Esto es, que sería posible distinguir dos objetivos de la Educación. Uno, formar buenas personas, que puedan desarrollar de forma genuinamente libres sus propios proyectos de vida; y dos, formar buenos ciudadanos que, en base a las virtudes cívicas adquiridas, puedan sustentar y proyectar la comunidad política.

Estas dos visiones están recogidas e integradas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y lo podemos ver en el Artículo 13, párrafo primero del Pacto Internacional de Derechos Económico-Sociales y Culturales. Y precisamente el equilibrio entre esas dos visiones es lo que no permite, ni plasma nuestro texto constitucional actual que contiene una visión marcadamente individual. Así, sería deseable una consagración de ambas funciones.

Por otra parte, atendidas las funciones sociales de la educación, tanto el derecho a la educación como la libertad de enseñanza deberían contemplar, a mi juicio, distintos niveles de formalización, que sean resultado de distintos niveles de intervención estatal.

Como la educación es un proceso permanente que se da durante toda la vida de las personas, el equilibrio entre las libertades negativas y la intervención estatal debiera ser distinta en estas diferentes etapas o momentos del proceso educativo, según cuál sea el objetivo de la educación que sea primordial seguir en su momento. Porque no es lo mismo educar a un niño o a un joven que a un adulto profesional, si bien todos tienen derecho a la educación y libertad para aprender y enseñar.

Creo que la discusión en esta materia es bastante inicial. La lectura que le dan varios profesores, principalmente los profesores de Derecho Constitucional de la Universidad Católica, como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hasta antes de los fallos recaídos en los proyectos de la Reforma Educacional -divididos, como todos sabemos-, es que la libertad de enseñanza sería máxima o igual en todos los contextos. Y creo que eso es un error.

El texto constitucional para estar a la altura de los compromisos internacionales asumidos por Chile, como también a las propias funciones de los sistemas educativos, debiera establecer explícitamente distintos grados de intervención estatal y de restricción en consecuencia de la libertad de enseñanza. Esto es ir, creo, desde menores niveles de intervención estatal, hacia mayores niveles de intervención estatal, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de los fines y las funciones de la educación. Porque precisamente es esta intervención, entendida como de los distintos órganos estatales, la que permite asegurar la eficacia de los derechos sociales.



Si bien la discusión constitucional ha tendido a centrarse sobre si los derechos sociales son o no derechos subjetivos, si estos derechos pueden o no ser justiciables, creo que la efectividad genuina de estos derechos pasa por repensar como la administración del Estado, y su intervención social, puede hacerse cargo de cumplir con estas funciones.

Así, creo que debiese haber, un primer nivel, como lo llama nuestra legislación, de educación no formal o informal, esto es la experiencia laboral, como un grupo de lecturas entre amigos o un hermano mayor enseñándole a un hermano menor como usar la bicicleta, donde por cierto la intervención estatal no puede hacer más allá de la simple actividad de policía clásica.

Pero existe un segundo nivel, donde la educación se formaliza y es por lo mismo reconocida por el Estado, atendido que cumple funciones distintas a la anterior, vinculadas a las funciones de los sistemas educativos, según acá se explicó. Así, por ejemplo, en los establecimientos educacionales particulares pagados y en las instituciones de educación superior que no son financiadas públicamente, donde la intervención estatal, además de lo previamente señalado, de la policía clásica, debiera tender a asegurar que se cumplan con ciertos estándares adecuados de calidad, de condiciones materiales que permitan conseguir los objetivos de la educación.

Pero existe también un tercer nivel de una educación que, además de formal y reconocida por el Estado, es financiada por éste, y como previamente señalé, en la tradición constitucional chilena tuvo siempre un trato jurídico distinto. Al menos así se plasmó en el texto constitucional hasta antes del quiebre histórico de 1973. Esto es, la educación particular subvencionada o las instituciones de educación superior privada que se financien públicamente; en ellas la intervención estatal, además de la intervención de policía clásica, asegurar estándares adecuados de calidad, debe asegurar que se inviertan de forma correcta esos recursos (que llegue a quienes debe llegar) y que, además, sea una buena inversión, esto es, que se otorgue a instituciones que cumplan con los estándares de calidad deseados por el Estado.

Existe también un cuarto y último nivel en donde la intervención estatal debiese ser más fuerte, esto es, aquella educación que es formal, reconocida por el Estado, pero además provista por éste, en donde además de lo anterior -esto es de todas las intervenciones públicas anteriores- debiese existir una que asegure que dicha educación sea consistente con el interés público, conforme sea el resultado del conflicto político democrático de cada momento.

IV

En síntesis, lo único que quisiera plantear en esta oportunidad es lo siguiente. Creo que discutir sobre cuáles son los principios básicos del sistema educativo, es una discusión que resulta ineludible para un proceso constituyente. Creo que Chile en 1973 se descarrió de su camino histórico de una tradición republicana y, bueno, lo que está exigiendo como se dice por ahí “la calle”, no es más que volver a la tradición de lo que Chile siempre fue.

Por último, en base a lo que planteaban los profesores previamente, si creemos que la educación cumple las funciones sociales que acá se han señalado, la intervención estatal resulta ineludible y pienso que ahí sería útil que el texto constitucional futuro hiciera las distinciones respectivas, atendidos los distintos niveles antes expuestos y las características propias de los sistemas educativos en sociedades democráticas.

Muchas gracias.



...Aplausos

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muchas gracias, profesor Flavio Quezada.

Hemos escuchado los distintos puntos de vista sobre este tema tan interesante que es el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, y ahora se abre un espacio de preguntas a quienes quieran participar del público. Primero se recibirán todas las preguntas y luego se responderán.

¿Podría identificarse y luego hacer su intervención?

CARLOS TOLEDO: Buenas tardes, profesora. Soy el abogado Carlos Toledo.

Me gustó mucho la intervención del colega y profesor Carlos Peña, y mi pregunta es muy concreta. Usted en su exposición hizo una estructura de tres puntos fundamentales que yo podría resumir en un minuto.

Dijo usted cuando las cosas se repiten y sacó el ejemplo de hace 150 años, es porque hay una estructura solapada que las permite. Es decir, este juego perverso entre el derecho a la educación, un derecho social y el derecho a la libertad de enseñanza, un derecho civil de poder hacer, incluso guión comercial.

El segundo gran punto era que el derecho social a la educación, era la mejor herramienta para vencer las ventajas inmerecidas de la herencia, con lo cual estoy totalmente de acuerdo.

El tercer gran punto que usted señala es que la educación natural, lo que aparece de simple lógica, es que crea y fortalece un bien que para los mercantilistas podría ser una mercadería equis, pero en realidad ese bien se llama capital humano.

Entonces no logro entender después de esta estructura tan bien hecha, y aquí vienen las dos preguntas unidas a lo mismo, ¿por qué usted hace una diferencia, que yo considero que es errónea, entre la importancia de una educación primaria, por llamarla de alguna manera y la sub importancia de una educación universitaria, que atendido a lo que usted expuso supuestamente no sería tan importante, lo cual no comparto.

Pienso que las dos son igual de importantes para crear en la sociedad equis, la sociedad llamada Chile, la sociedad llamada equis en país que sea. Creo que la educación gratuita, la primaria, la secundaria y universitaria son igual de importantes. ¿Es importante dicha educación gratuita?

También me gustaría que profundizara un poco sobre sobre cómo queremos enfrentar este gran problema llamado educación. Nosotros tenemos que resolver como sociedad en qué tipo de sociedad queremos vivir, si en una sociedad contributiva -estoy empleando sus palabras- o en una sociedad de prestaciones universales para este derecho en particular. ¿Sociedad contributiva de acuerdo a lo que cada uno contribuye, etcétera, etcétera, pero para el derecho social educación, prestaciones universales?

PROFESOR CARLOS PEÑA GONZÁLEZ: Bien brevemente. Como resulta inevitable, ¿por qué? Ésta es la primera cuestión. ¿Por qué distinguir como yo lo hice, entre el sistema escolar y el sistema de educación superior? No se trata que el sistema de educación superior no sea importante. Yo no creo que ése sea el punto. El punto es que es distinta la índole.



Me parece que el ciclo de escolaridad obligatoria, que hoy es de 12 años, y la educación superior, particularmente universitaria son de distinta índole. Desde luego su origen histórico es muy distinto.

Los sistemas escolares de masa son muy tardíos, aparecen recién en el Siglo XIX, no tienen más de 200 años, y la universidad moderna, si bien tiene ese mismo lapso, tiene un origen y una inspiración radicalmente distinta.

La escuela nace atada, como yo explicaba, al ideal meritocrático y ciudadano. Es decir, movida por el afán de borrar los rastros o vestigios de la cuna, por una parte, y proveer a todas las personas de las mismas destrezas o virtudes necesarias para la vida cívica.

Andy Green tiene dos o tres libros sobre eso, vale decir, la nación nace atada muy de la mano con la escuela por las razones que acabo de mencionar. Eso no ocurre con la universidad. La universidad, en realidad, es una institución de otra índole que, o tiene por objeto formar cuadros, élites para los grandes objetivos nacionales o para el cultivo de las ciencias, según el modelo sea el napoleónico o el humboldtiano.

Es decir, no se trata de que la educación universitaria sea poco importante, se trata de que su índole -repito- es radicalmente distinta.

Agrego otro argumento a eso. Repito, lo que dije denantes, y es que si el sistema escolar fuera estrictamente meritocrático, es decir, si en el sistema escolar pudiéramos igualar la renta, proveer una experiencia cognitiva lo más común posible, etcétera, y el resultado en consecuencia del sistema escolar respondiera o estuviera acompasado con el desempeño de quienes lo cursaron, no habría ningún motivo, si eso fuera así -creo yo- para oponerse a que la universidad fuera meritocrática, estrictamente. Es decir, fuera selectiva en el ingreso y se financiara por una mezcla entre renta general y rentas propias, vale decir, rentas futuras del estudiante y rentas generales.

Agrego un tercer argumento, que es un argumento neoclásico. Es verdad que la economía neoclásica comete muchos errores, pero yo creo que este argumento sigue en pie, no la derogamos tan rápido. Y es que el bien que quienes estudian en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, es un bien mixto. Es un bien público -de eso no tengo ninguna duda, yo enseño en esta Facultad- pero también es un bien privado. O sea, parte importante de los beneficios de ese bien los van a internalizar el sujeto que los recibió. ¿Y qué tiene entonces de malo que financie ese bien en parte con cargo a sus rentas futuras, por ejemplo, un impuesto cedular, y en parte con rentas generales? La situación -repito- del sistema universitario es distinta de la del sistema escolar.

Ahora, respecto al tipo de comunidad, etcétera y porque eso tiene que ver con el derecho a la educación, a mí me parece bastante evidente. Es decir, cómo la educación, finalmente, es una práctica social que está atada al tipo de comunidad en la que queremos vivir, porque la educación es, según decía Durkheim, la manera en que las sociedades reproducen su conciencia moral, parece evidente que el tipo de derecho a la educación que consagremos, está íntima e inevitablemente ligado con el tipo de comunidad que queremos reproducir.

En consecuencia, no es posible definir la fisonomía del Derecho sin previamente tomar alguna decisión respecto de la cuestión del tipo de comunidad política en la que queremos vivir. A mí me parece evidente.

Pienso que hay que igualar la renta, así lo dice Marshall, y así lo dije. Lo que quiero decir es separar el acceso al sistema



escolar en condiciones lo más igualitarias posibles de la cuna. Sobre eso no tengo ninguna duda.

Reitero: no tengo ninguna duda de que hay que separar, para decirlo con las palabras al uso, la educación del mercado en el sistema escolar si por mercado se entiende atar el tipo de experiencia educativa a la renta familiar. Lo que dice Marshall de igualar la renta, lo creo firmemente.

Marshall también agrega: “Hay que proveer una cierta experiencia común universal”. Yo también pienso que eso es valioso, aunque creo que es mejor morigerar esa discusión atendida la multiplicidad de funciones que hoy día el sistema escolar cumple. Pienso que una provisión mixta con predominancia estatal resulta finalmente razonable.

En tercer lugar, que el acceso al sistema escolar así definido, con independencia de la renta -repito- con rasgos propios de una experiencia cognitiva común, debe depender nada más que de la pertenencia a la comunidad común, tampoco tengo ninguna duda. Ahora que eso no cabe replicarlo tal cual a nivel de sistema universitario, tampoco tengo ninguna duda.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muchas gracias, profesor Peña.

Tiene la palabra el profesor Fernando Atria, de esta Facultad de Derecho.

PROFESOR FERNANDO ATRIA L.: Me gustaría continuar o insistir a propósito de la discusión sobre este punto preciso, y mi pregunta sería ¿cómo uno describiría el hecho de que tratándose de cosas distintas, el régimen tiene que ser distinto también? Yo creo que es correcto eso. O sea, yo estoy de acuerdo con eso.

Es decir, para empezar, el derecho a la educación, cuando hablamos de educación escolar, tiene una pretensión de ser universal en el sentido de para todos, para todos los miembros de la cohorte respectiva, pero ésa no es una pretensión de la educación superior. Eso tiene el correlato de que en un caso es obligatorio y en el otro no es obligatorio, etcétera.

Pero si uno revisa esta lista de las razones de lo que debe decirse de la educación escolar a propósito de Marshall, primero, igualación de rentas. O sea que no puede quedar sujeto al mercado en el sentido que aquello a lo cual uno accede no puede estar medido por la renta que privadamente dispone. Eso también valdría para la educación superior, según el argumento. Y por eso es necesario recurrir a las fórmulas adecuadas.

Segundo, que el acceso sea por la condición de ciudadano. En el caso de una educación superior que no es universal, no se cumple de la misma manera. Pero todavía queda alguna dimensión de eso, porque todavía uno esperaría que el acceso, sobre todo a la educación universitaria, fuera mediante la satisfacción de criterios públicamente validados.

Uno debería pensar en algo así como un sistema unificado de ingresos, por ejemplo, que ni siquiera tuviera en consideración el interés de cada institución proveedora y que entonces no fuera modificable por las instituciones proveedoras, sino que respondiera a alguna noción sobre esa experiencia común. Ése es el modo en que esa experiencia común aparece en el contexto de una forma de educación que no tiene pretensiones de universalidad.

Por supuesto el argumento neoclásico de que tiene una dimensión privada, no obsta a que sea también un derecho social. La protección de la salud también tiene una dimensión de apropiación privada y eso no obsta considerar a la salud como un derecho social.

Entonces, la diferencia no es que la educación superior no sea un derecho social, mientras la educación escolar lo es en el



sentido en que estamos usando los términos. La diferencia es que la educación superior tiene ciertas peculiaridades que hacen que las exigencias de un derecho social ahí tengan que asumir una forma distinta.

PROFESOR CARLOS PEÑA GONZÁLEZ: Brevemente, profesor Atria.

Estamos de acuerdo en lo fundamental y yo haría simplemente el siguiente matiz.

Me parece que es una diferencia que Marshall señala, que me parece decisiva.

Estamos hablando de T.H. Marshall, no de Alfred Marshall, porque ocurre que tanto el creador de la economía neoclásica -este es un apunte de La Historia de las Ideas- el neoliberal por excelencia, pero del Siglo XIX, se llama Alfred Marshall; y el creador de los derechos sociales, el gran crítico de la economía neoclásica desde el punto de vista de la sociología es T.H. Marshall, es decir. Marshall versus Marshall.

TH Marshall dice que si nos preocupamos de que todos los niños y niñas tengan una experiencia común, es decir, sean iguales en su experiencia inicial, es para que tengan en el futuro desigualdades justificadas. Esto lo dice explícitamente Marshall.

O sea, no es que no nos moleste la desigualdad, y una sociedad meritocrática es una sociedad desigual, por supuesto, lo que pasa es que es una desigualdad justificada. A mí eso me parece que hace toda la diferencia del mundo y en el resto estoy de acuerdo plenamente con la descripción.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muy bien, al fondo tiene la palabra Pablo Aguayo, de nuestra Facultad de Derecho.

PABLO AGUAYO: Mi primera pregunta para el profesor Carlos Peña y tiene relación con el tema de Marshall y la equiparación salarial. ¿No cree usted que eso reduce el universo de las condiciones que hacen la diferencia social efectiva en la época de la escolaridad, y no considera los factores como la escolaridad de los padres, los contextos sociales?

Mi pregunta en el fondo es ¿si no está muy reducida la concepción a partir de las diferencias de los salarios, de la riqueza, del dinero, y no considera otros factores sociales igualmente relevantes?

En segundo lugar, la pregunta es respecto a esta concepción de la educación como un bien social, como un capital humano, y si el Estado tiene que financiar universidades que por definición no se preocupan de ello, no tienen investigación, no tienen Facultad de Arte, no tienen una Facultad de Música, no tienen una Facultad de Filosofía, y son más bien empresas que expenden títulos universitarios.

PROFESOR CARLOS PEÑA GONZÁLEZ: Muchas gracias, Pablo, por la pregunta.

A ver, respecto del tema de igualar renta. Por supuesto, la fuente de la desigualdad social, de la desigualdad inmerecida, digámoslo así, injustificada, no sólo es en la escuela, en consecuencia es muy variada. Por lo mismo ni siquiera o aunque tuviéramos un sistema estatal único, como una experiencia absolutamente uniforme para todos los niños, podríamos, seguramente, suprimirla del todo. La sociología de la educación, en esto, es muy abundante.

Yo lo que diría, más bien, es lo siguiente. En las condiciones contemporáneas por las razones que dije denantes, debiéramos aspirar, desde luego a igualar renta. Es decir, independizar el acceso y el disfrute de la práctica educacional, digámoslo



así, de las condiciones de origen -sobre eso no tengo la mínima duda- y debiéramos procurar que esa experiencia sea lo más uniforme en los aspectos relevantes posibles, pero tenemos que compatibilizarla en una sociedad abierta, atendidas las funciones que la educación cumple, con un cierto grado de diversidad también.

No podemos pensar la educación, Pablo, como se la pensó en el Siglo XIX. En el Siglo XIX, efectivamente se pensaba en la educación, por ejemplo en Francia o en Estados Unidos, como aquel lugar donde se estaba forjando esta comunidad imaginaria que llamamos nación, y en consecuencia se hacía un gran esfuerzo por uniformar códigos comunicativos, lenguajes, prácticas, formas de vida.

En la sociedad contemporánea tenemos que aceptar que hay muchas formas de vida en competencia, que hay minorías que quieren reproducirse, y es razonable que lo hagan también mediante el sistema escolar. Entonces el desafío es cómo compatibilizar esa pluralidad, que me parece a mí valiosa, con proveer una cierta experiencia uniforme independiente de la renta. Esta es la cuestión.

¿Cómo lo hacen los sistemas escolares comparados?, porque en esto tampoco hay demasiado misterio. Bueno hay currículums nacionales comunes; hay prácticas educativas que también deben ser comunes; hay mediciones de calidad; hay profesiones docentes relativamente uniformes, con prescindencia del tipo de provisión. Es decir, desde el punto de vista de los diseños de política pública, creo que se puede alcanzar a realizar un principio como el que describo.

Ahora, respecto del tema del financiamiento universitario, es una cuestión distinta. Yo lo he dicho y lo he escrito públicamente. Creo que en materia de financiamiento universitario es imprescindible que el Estado transite de manera muy relevante hacia el tema de financiamiento de la oferta más que a la demanda, que ese financiamiento a la oferta debe ser preferentemente destinado a las universidades del Estado. Esto lo escribí el año 2006, o sea no es que se me haya ocurrido ahora.

Yo creo firmemente que las universidades estatales requieren un trato preferente por parte del Estado, y que en lo que respecta a las universidades no estatales, en cambio, debiera haber algún tipo de financiamiento que estimule fisonomías institucionales que al Estado le interese promover. Y la razón de por qué me parece a mí deben financiarse preferentemente las universidades estatales, es porque ellas cultivan bienes públicos, intangibles pero públicos, que las universidades privadas pueden voluntariamente cultivar, pero no están obligadas a hacerlo. Y esa es una buena razón.-creo yo- para que se financie preferentemente a las universidades estatales.

Ahora, si acaso deban o no financiarse universidades que no producen investigación, creo que sí deben financiarse dentro de ciertos límites.

Miren, en el espacio iberoamericano hay 4 mil universidades. De estas 4 mil universidades, más o menos 40 son universidades de investigación, entendiendo por tales universidades cuyos miembros publican más de 500 publicaciones indexadas al año, durante cinco años consecutivos. Hay 40 en toda Iberoamérica. En Chile hay tres, en este orden: La Pontificia Universidad Católica, la Universidad de Chile, la Universidad de Concepción.

Buena parte de la educación superior de masas hoy día en el mundo es docente. Las universidades de investigación, que es el modelo humboldtiano -la Universidad de Harvard, que es su realización más notable, en el mundo contemporáneo- son muy escasas en el mundo.



Lo que pasa, es que en realidad lo que hay en el mundo son universidades de investigación, que es una delgadísima capa; luego universidades con investigación, que son universidades que hacen investigación que no son research universities.

Dicho sea de paso, las universidades de investigación, que son las americanas fundamentalmente, o algunas inglesas, son universidades que paradójicamente no hacen investigación como bien público, puesto que lo patentan, o sea, transforman la investigación no en bien público sino en bien apropiable, privado. Esta es la gran paradoja de las universidades de investigación. ¡Entonces, no es tan simple esto de decir solo las universidades que investigan merecen financiamiento!

ASISTENTE: Pregunta para el profesor y Rector Carlos Peña. Respecto a todo esto que hablaba él de la conciencia moral, el tipo de sociedades en que se quiere vivir y como era la educación del Siglo XIX y la sociedad diversa -me enganchó lo último que dijo- no sé si sería pertinente hacer un cuestionamiento de cuál es la experiencia que ocurre en la sala de clases o en este recinto llamado escuela o colegio y no sé cómo se compatibiliza eso con esta sociedad más diversa, más pluralista, con ciertas prácticas por ejemplo de obedecer la campana, formarse, cantar el himno -no sé si en los 90 era así y no sé si sigue siendo así- de recepcionar contenidos de forma acrítica, prácticamente sin hacer uso de la razón, memorizar para pasar la nota en la prueba, pasar ojalá con un cuatro o un seis en el mejor de los casos. Entonces no sé qué tipo de sociedad es ésa, que se está formando en esos recintos llamados escuela, cerrados, con toque de campana, con gente que usa uniforme todos igual. Reitero: no sé qué tipo de sociedad es ésa.

Yo sé que el Rector sigue mucho a Kant, que en su ensayo *Qué es La Ilustración*, decía que el ideal de la Ilustración era hacer uso de la propia razón. Yo creo que en la escuela ocurre todo lo contrario a eso. No sé si está de acuerdo con eso o no.

PROFESOR CARLOS PEÑA GONZÁLEZ: Brevemente, porque me parece que mis colegas también debieran participar.

Mire, la escuela está en medio de una paradoja. Para referirme a lo de la campana y lo demás, debo recordar que el sistema escolar de masas nació a la sombra de la institución fabril. Se toca la campana en la escuela porque en las fábricas se tocaba la campana.

O sea, porque la escuela es una institución total, una institución que disciplina el alma y el cuerpo de los niños. Esa es la escuela. Se saca al niño del amor incondicional del hogar. Piense usted lo dramático -dramático, pero indispensable- que significa para un niño de cuatro años, sacarlo del amor incondicional del hogar, donde se le valora por lo que es, a un espacio que es la escuela, donde se le va a enseñar que él vale por lo que hace. Ésta es la experiencia; ésta es la escuela. La escuela es una institución total que sigue el modelo fabril. Esto es así en el sistema escolar de masas.

Y todo tiene una explicación. ¿Por qué se usa uniforme? Bueno, se usa uniforme para borrar el origen justamente. Para que no se sepa de dónde usted viene se usa uniforme en la escuela pública. Es para borrar la identidad. La misma razón por la que se usa uniforme en la cárcel. Es porque es una institución total.

Y respecto de si hay un cierto autoritarismo en la sala de clases, también es inevitable, porque incluso los ilustrados pensaban -Kant, desde luego- que usted sólo podía ser racional a condición de disciplinarse. Kant decía: el ser humano es un animal que necesita un maestro. Usted no puede ser autónomo. La autonomía no es una cuestión que florece así, arbitraria y brutalmente. No es la mera franquía. No, no, se educa. Y la educación supone inevitablemente este tipo de prácticas.

ASISTENTE: Aprovechando la acotación del profesor Peña, voy a dirigir la pregunta a cualquier de los tres profesores.



La pregunta es que si bien en términos abstractos se ha hablado de que hay dos principios fundamentales que vendría a entregar la educación primaria y secundaria, la valoración de la meritocracia y también el concepto de una formación de la persona de acuerdo a la sociedad que queremos, habría una cierta contradicción con el principio de libertad de que las comunidades diferentes gustarían de educarse en colegios diferentes.

Mi pregunta es sumamente práctica. Si bien el profesor Flavio Quezada contestó que la Constitución debe diseñar cuales serían los títulos de intervención del Estado, si es una mera ordenación, como es actualmente, si debieran ser títulos o potestades mucho más exorbitantes. Está el problema que no es teórico sino que es práctico, de cómo lograr en la actualidad que el Estado pueda tener títulos de intervención más profundo y pongo el caso concreto -creo que es el más problemático- de la selección en los colegios particulares pagados.

Porque mientras subsista esta institución, que se pueda seleccionar ya sea en virtud de elevadas sumas de pago o bien de criterios que pueden partir desde que la familia acompañe cartas de recomendación, entonces va a haber un porcentaje de más o menos diez por ciento de la matrícula de la educación primaria y secundaria que va a estar aislada del resto de la sociedad y en la cual no se va a estar construyendo un modelo único de sociedad, un modelo general de sociedad, sino que perpetuando una especie de élite, una especie de espacio muy restringido y no permeable al que no accede la mayor parte de las personas que componen la comunidad nacional.

Esto es sumamente problemático, porque numerosas investigaciones prueban que no son más de treinta los colegios que aportan la mayor cantidad de gerentes o de los principales cargos públicos, ya sea en la administración pública o en la administración privada de las principales empresas.

Entonces, ¿cómo derrotar la existencia de este grupo de colegios, que en su gran mayoría, diría el noventa por ciento, que son colegios particulares pagados, y que hay unos pocos colegios públicos que entregan esta educación muy diferenciada? ¿Cómo derrotarla si no están las condiciones políticas para que el estado pueda, por ejemplo, limitar y prohibir el cobro de aranceles tan elevados en ciertos colegios o bien en la educación también limitar los requisitos de acceso?

PROFESOR FLAVIO QUEZADA RODRÍGUEZ: En el contexto de la reforma, esto se ha discutido ampliamente, en especial respecto al tema de la prohibición de la selección en establecimientos denominados emblemáticos, en el entendido de que precisamente serían esos establecimientos los que cumplirían una función análoga dentro del sistema público a esos establecimientos particulares pagados.

Lo que se ha respondido a eso, es que los contenidos de la reforma a nivel de la educación general, esto es fin al lucro, la selección y al copago, resultarían ineludibles para que la educación pública volviera a ocupar el lugar primordial que antaño ocupaba y pudiera en consecuencia seguir haciendo lo que colegios como el Instituto Nacional o Carmela Carvajal hacen hoy en día. ¿En qué sentido? En el sentido de que un sistema que está construido en base a un mercado donde el incentivo de los establecimientos educacionales es el lucro, entonces, si el incentivo es el lucro, el incentivo es generar márgenes de ganancia, entonces la idea es que los establecimientos busquen como disminuir sus costos para aumentar esos márgenes de ganancia, y eso lo hacen a través de los estudiantes que son más fáciles o baratos de educar, que son precisamente aquellos que yo puedo atraer, por ejemplo, descremándolos por la capacidad de pago que es más o menos consistente con el capital cultural que traen desde sus casas, como a su vez también a través también de la selección de atraer a los mejores estudiantes.



Entonces, si nosotros eliminamos esos tres elementos estructurales que son los que constituyen el mercado en la educación general, creo que son los dos elementos irremplazables o ineludibles para poder sitiar a la educación pública en lo que debiera ser.

Es decir, proyectos educacionales como el Instituto Nacional y el Carmela Carvajal, en ese contexto les resulta ineludible aplicar los mecanismos de mercado como es la selección.

Pero en un contexto en donde estos incentivos no debieran existir, en donde la educación pública debiese volver a poder ocupar un rol distinto, porque ya no va a ser aquel que no cobra copago, en consecuencia que recibe a los que son de los sectores más desfavorecidos y con menos capital cultural y que no selecciona, que en consecuencia recibe a aquellos que no son recibidos en ningún otro establecimiento, proyectos educacionales de mayor exigencia no requerirán establecer mecanismos como de selección para poder cumplir el rol que cumplen esos otros establecimientos, sino que quedaría entregado a los propios proyectos educativos.

Esto lo he hecho público en varias columnas, uno dice ¿por qué partimos por eso y no partimos por educación pública antes? Si uno lo ve desde esa perspectiva, sé que la realidad siempre es mucho más compleja y después los resultados lo dirán, no parece tan descabellado haber partido por eliminar los pilares de la educación de mercado.

ADOLFO BENZEL: Buenas tardes, profesores. Soy egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Mi pregunta está dirigida al profesor Peña. Brevemente él expuso que existen dos modelos ideales de Estado en la provisión de servicios educacionales. Uno es el Estado-Familia y otro es el Estado de las Familias.

En cuanto a los fines de la educación que concuerdan con ambos modelos ideales, el profesor Peña dice que en el Estado-Familia estarían reconocidos los tres fines fundamentales o funciones fundamentales de la Educación en el Siglo XX, que son superar las desigualdades de familia, las desigualdades de origen, formar ciudadanía y además la reproducción de la conciencia moral de la nación. Y sostiene que en el modelo ideal del Estado de las Familias, estarían reconocidos nuevos fines de un sistema educativo moderno, como serían la formación en capital humano y también el reconocer la diversidad de las familias.

Mi pregunta: ¿no podrían acaso ser reconocidas estas nuevas funciones que define el profesor Peña, asumidas dentro de las funciones consideradas a lo largo del Siglo XX? Que, por ejemplo, ¿la formación en capital humano pueda ser considerada dentro de las diferencias justificables una vez terminadas, terminado el proceso de formación educativa? ¿Y las diferencias de proyectos familiares, por ejemplo, proyectos de minorías puedan ser considerados dentro de la formación en ciudadanía y el respeto dentro de un contexto democrático de la comunidad política?

No es pueril la pregunta considerarlos dentro de los fines tradicionales o considerarlos como nuevos fines, porque considerarlos como nuevos fines, implica que existen instituciones educativas, universidades o escuelas que están dedicadas principalmente a la formación de capital humano, y existen además nichos o proyectos ideológicos o incluso proyectos segregados, básicamente fundándose en las diferencias de proyectos familiares.

Mi pregunta en el fondo es ¿por qué no podrían ser considerados dentro de los fines tradicionales?

PROFESOR CARLOS PEÑA GONZÁLEZ: Muchas gracias Adolfo. Muy buena la síntesis. Pero veamos lo que ocurre hoy día con el sistema escolar. Pensemos por un momento que los propósitos de la reforma del sistema escolar que se



han impulsado durante este Gobierno, se alcanzan en plenitud. Es decir, no hay copago, no hay provisión con fines de lucro, no hay selección. Y supongamos además que cuando decimos no hay copago, vamos a suponer un subsidio tal que establece una igualación de renta en el promedio o levemente por sobre el promedio. ¿Qué tendríamos en Chile? Bueno, tendríamos un sistema de provisión mixta, donde más o menos el 50% de los diez u once mil centros educativos que hay ya en Chile, pertenecerían al Estado, y el 50% restante a particulares, y más o menos el 23% de ellos a la Iglesia Católica.

Y las familias podrían, habiendo igualado su renta inicial -puesto que no hay copago y por el financiamiento directo a la oferta de todos estos centros educativos- los padres podrán escoger donde quieren que vayan sus hijos, con lo cual se cumple el propósito de la diversidad.

Al mismo tiempo, el Estado prevé y prescribe un currículum mínimo nacional, objetivos curriculares comunes a todo el sistema con prescindencia de quién provea, un sistema de aseguramiento de la calidad para verificar que sus objetivos se cumplan, y prevé en la ley prácticas educativas también comunes, como por ejemplo existencia de consejos escolares, etcétera.

Pues bien, un sistema como ése no es propiamente ni un Estado-Familia, puesto que hay provisión múltiple y mixta, ni tampoco un Estado de las Familias, puesto que la mitad de esto es provisión estatal y el conjunto es reglado por el Estado.

Esto que Fernando Atria, si no recuerdo mal, ha llamado régimen de lo público, en algún sentido satisface razonablemente el propósito. ¿No le parece a usted?

ADOLFO BENZEL: No me parece en el sentido de que la existencia de fines considerados diversos a los tres fines que mencionó usted inicialmente, permiten -además de los que mencioné anteriormente- por ejemplo que existan subsidios públicos o podrían existir subsidios públicos, dedicados a universidades que exclusivamente ...

PROFESOR CARLOS PEÑA GONZÁLEZ: No, no, yo hice la distinción denantes entre el sistema escolar y el sistema universitario, que en mi opinión merece un trato absolutamente distinto.

Yo creo que es un error en el debate público tratar todo esto como si fueran iguales. Una cosa es el ciclo obligatorio, otra cosa es la educación superior. Se trata de cuestiones distintas, lo dije antes, creo.

ADOLFO BENZEL: Bueno, entonces, excluyendo el caso de las universidades, de todas formas subsistirían bajo esta lógica de dos tipos de fines separados y no considerados uno dentro de otro, existirían por ejemplo, ...

PROFESOR CARLOS PEÑA GONZÁLEZ: No, no, disculpe. Quizás no me he dado a entender. No es que separados, no es que haya algunos proveedores que persigan algunas funciones y otros otras. No, no. Un sistema de provisión mixta, es un sistema que procura perseguir equilibradamente todos los fines, pero delega en las familias el derecho a escoger.

ADOLFO BENZEL: Solamente para terminar con este diálogo, me refería con fines separados no a instituciones que buscan unos fines y otras instituciones que buscarán otros fines, sino a que se consideraran en términos distintos, como funciones diversas y no funciones consideradas unas dentro de otras, lo que permitiría en el caso tal, como lo hizo la ley de inclusión, que no tocó el caso de los colegios particulares pagados, que de todas formas mantienen un tipo de segregación escolar en Chile, y ese tipo de segregación escolar creo que estaría fundada en considerar como un fin particular diverso el reconocimiento de proyectos educativos particulares.



PROFESOR CARLOS PEÑA GONZÁLEZ: Un último punto, perdóneme. Respecto al tema de la educación particular pagada, no es ésta la razón. La razón de la educación particular pagada es simplemente la incapacidad política de suprimirla, en primer lugar; y segundo, el argumento de que como se costea por la familia, el Estado en consecuencia no tiene nada que objetar. Es una cuestión distinta.

Y efectivamente lo que vamos a tener en Chile, si es que tiene éxito la reforma escolar, es que más o menos el 90% de los niños va a asistir a un sistema relativamente uniforme, de provisión mixta— si hay éxito en la reforma—y aproximadamente el 10% de la élite, los herederos, van a seguir yendo al puñado de colegios particulares pagados. Eso así es, efectivamente.

PROFESOR ERNESTO ÁGUILA ZÚÑIGA: Algo muy breve y acotando esta discusión.

Para mí sigue estando pendiente una conversación sobre si vamos a entender la educación básicamente como la manera de entregar un servicio, que por tanto indistintamente lo puede hacer un privado o un colegio público. O vamos a entender lo público en algún sentido como un ethos, o sea, algo que tiene valores intrínsecos y que en el caso de los privados, quizás como lo dijo el profesor Carlos Peña —no sé si estaremos de acuerdo en el argumento final— pero en lo privado en general algo va a ser voluntario realizarlo, en cambio en lo público ello es obligatorio realizarlo. Por ejemplo, la diversidad, la ciudadanía.

Entonces me parece que queda por conversar más si efectivamente reconocemos un ethos propio de lo público que finalmente es inalcanzable para lo privado.

Y lo segundo es que creo que no se completa muy bien la reflexión sobre el nivel del particular subvencionado en Chile. Yo comparto que lo del particular pagado es un tema de fuerza política, o sea, no hay argumento para sostener que no sea más bien políticamente de poner una posibilidad de transformar aquello.

Pero citar al particular subvencionado porque es subvencionado por parte del Estado, estamos en una situación en la cual se reinterpretó el principio de libertad de enseñanza bajo la idea de subsidiariedad y por lo tanto las condiciones que se le pusieron para crear esa educación son las condiciones de la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional, y se hizo obligatorio de parte del Estado financiar esa Educación.

O sea, después que tu cumples esos preceptos o esos temas que te dan en la libertad de enseñanza, tienes que cumplir cuestiones de metraje que te exige, pero detrás de eso está el vaciamiento de la capacidad del Estado de reconocer o poder decir “mire, este proyecto privado lo voy a financiar, porque aporta una particularidad, por ejemplo, a la educación pública”, sino yo tengo que realizar cualquier proyecto privado -¡todo!-, porque detrás hay una idea de que ese momento es un momento de libertad del individuo por sobre el Estado y yo tengo la obligación de financiarlo.

En la última Ley de Inclusión -entiendo que no se cayó sino que llegó hasta el Tribunal Constitucional y se mantuvo- se introdujo la posibilidad de que el Estado no financiara si en el sector en que se proponía ese colegio particular subvencionado, ya había una matrícula saturada. Y eso llegó hasta el Tribunal Constitucional. Entiendo que el voto del Presidente del Tribunal dirimió en favor de que era constitucional hacer esa exigencia.

Pero, ¿será razonable hacia adelante que solamente sean consideraciones llamémosle poblacionales para definir que un proyecto educativo privado tiene que tener la obligatoriedad del Estado de financiarlo? Yo pienso que no, y pienso que eso tiene que ver con el debate en parte constitucional que viene y que no tocó la Ley de Inclusión.



PROFESOR CARLOS PEÑA GONZÁLEZ: Simplemente una cuestión histórica.

Se citó denantes a Valentín Letelier, quien decía que la educación no podía estar sujeta a la oferta y la demanda. Eso forma parte del último capítulo de Filosofía de la Educación, que es un texto de 1910, diez años antes de la Ley de Instrucción Primaria Obligatoria.

La Ley de Instrucción Primaria Obligatoria de 1920, Artículo 44, disponía algo que hemos olvidado y que seguimos porfiadamente achacando a la dictadura. Yo no tengo ningún problema en que sigamos haciéndolo, pero en mérito de la corrección histórica me siento obligado a decirlo.

El Artículo 44 de La ley de Instrucción Primaria Obligatoria disponía que el Estado tenía el deber de financiar todas las escuelas, incluso las sostenidas –empleaba ya la expresión sostenedores– por sociedades comerciales, transfiriéndoles subsidios en base a la asistencia media. Eso está en la ley de 1920 que tanto celebraron los partidarios del Estado Docente.

Entonces, yo nada más sugeriría no estar preso de esta ilusión retrospectiva, conforme a la cual con la dictadura consumamos una especie de traición y abandonamos un paraíso que hasta hoy día está perdido. No, no había tal paraíso.

El año 1973, para el golpe militar, todos queríamos cambiar radicalmente esta sociedad, porque era una sociedad excluyente, injusta e indecente.

Al liceo, del que tanto hoy día nos enorgullecemos, iba apenas el 30% de quienes estaban en edad de asistir a ese nivel educacional, en 1973. Entonces me parece a mí -en fin no tenemos el tiempo para discutirlo- que no hay que tener esta visión tan complaciente con nuestra historia.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Agradecemos a los excelentes expositores de tan aportadoras intervenciones.

Muchas gracias a todos, a ustedes por su asistencia.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Una gran conversación por

CHILE

Proceso constituyente y
nueva constitución política



CAPÍTULO IX / SESIÓN 7 DE SEPTIEMBRE DE 2015

MESA REDONDA:
PROCESOS CONSTITUYENTES
EN LATINOAMÉRICA





MESA REDONDA: PROCESOS CONSTITUYENTES EN LATINOAMÉRICA



SESIÓN 7 DE SEPTIEMBRE DE 2015

Intervienen:

- *Profesor Roberto Gargarella*
- *Profesor Marcelo Alegre*
- *Profesor Pablo Ruiz-Tagle V.*
- *Profesor Fernando Atria L.*

Moderador:

- *Decano Davor Harasic Y.*

DECANO DAVOR HARASIC Y.: Buenas tardes, profesores Roberto Gargarella, Marcelo Alegre, Pablo Ruiz-Tagle y Fernando Atria. Gracias por acompañarnos. Para la Facultad es realmente honroso tener esta ocasión de compartir con ustedes.

Septiembre para Chile es un mes muy especial. No sólo es el mes de las Fiestas Patrias y por lo tanto un mes de jolgorios, fondas, de días feriados, sino que en septiembre también se conmemora un aniversario más del golpe militar; un aniversario más de la fecha en que antes del golpe, el último Presidente democrático fue elegido; y este septiembre es aún más especial, porque este septiembre se supone que trae el inicio del proceso constituyente. Estamos esperando que la Presidenta de la República anuncie en qué específicamente consistirá este proceso, y lo estamos esperando en condiciones bastante especiales.

Ayer se daba cuenta en los medios de comunicación de una encuesta reciente, que afirma que 76% de los ciudadanos no conoce las materias de que trata una Constitución; 82% de los encuestados no sabe lo que es una Asamblea Constituyente; 60% no obstante considera que es indispensable un cambio constitucional, y sólo 28% expresa lo contrario.

Entonces, estamos en una especie de laberinto. Exigimos un cambio constitucional, pero desconfiamos de que éste vaya a resultar.

No es un problema menor. Enfrentamos muchas dudas. Enfrentamos muchos temores en relación con esta circunstancia. En consecuencia, cómo hacemos para legitimar lo que venga de acá en adelante. Creemos que hay una obligación demasiado importante de la academia, en transmitirle a la sociedad los elementos para que esto se plasme de una manera adecuada y eficiente.



Se tiende a decir que discutamos el fondo y no discutamos la forma, en circunstancias de que de la forma y de la manera como se lleve a cabo el proceso constituyente, va a depender en gran medida el fondo y lo que en él se resuelva. En consecuencia, las formas no parecen irrelevantes. Todo lo contrario.

De todos estos temas, y debido a la gran experiencia y capacidad de nuestros dos invitados extranjeros e igualmente a la gran experiencia y capacidad de nuestros dos invitados nacionales, se trata de conversar el día de hoy.

Todos sabemos que nos acompaña el profesor Roberto Gargarella, el profesor Marcelo Alegre, el profesor Pablo Ruiz-Tagle y el profesor Fernando Atria. Sus currículums son suficientemente conocidos y, en consecuencia, quisiéramos entrar derechamente a este debate, dándoles la bienvenida y agradeciéndoles su presencia.

Yo quisiera lanzar una pregunta, sin perjuicio de que si desean hacerse cargo de ella o no, pero me parece que en este minuto existen dos situaciones especialmente relevantes para Chile. Una de ellas es cuál es la mejor forma de lograr una Constitución que no sea percibida como ilegítima o como una Constitución irrelevante, o como una Constitución que no represente los sentimientos de todos los chilenos en el sentido mayoritario. Y la segunda pregunta es si acaso tiene o no tiene limitaciones un proceso constituyente. O sea, cuáles son los límites que enfrenta un proceso constituyente. Por cierto que estas son simplemente proposiciones.

Para conocimiento de los profesores Roberto Gargarella y Marcelo Alegre, la Facultad, cumpliendo con su cometido, ha organizado a través del Departamento de Derecho Público un conversatorio por Chile, en que hemos invitado a cuarenta y siete profesores de distintos pensamientos, de distintas posiciones frente a la realidad social, a conversar libremente a lo largo de trece reuniones acerca de procedimientos, acerca de derechos que deben establecerse en la Constitución, acerca de todos los temas que debiéramos tener en consideración.

En consecuencia, el tema que ustedes deseen enfrentar, para nosotros es muy bienvenido, pues como ustedes saben esta conversación se va a insertar dentro de este conversatorio por Chile.

Muchas gracias.

Tiene la palabra el profesor Gargarella.

PROFESOR ROBERTO GARGARELLA: Muchas gracias, y debo señalar que estoy muy contento de estar aquí.

Para hacer una primera reacción sobre la primera pregunta, un modo de ingresar que me es amigable, es a partir de la tensión en la que uno siempre piensa entre Constitución y Democracia.

Yo creo que la tensión existe en la medida en que las reglas que lo limitan a uno son reglas democráticamente establecidas. Entonces, no existe la tensión Constitución-Democracia cuando no tenemos reglas democráticas que son las que nos limitan. Pienso en términos de reglas que no han sido fijadas democráticamente.

Por tanto, una comunidad democrática tiene derecho y razones para organizar su vida futura. Tiene derecho para establecer de qué modo se van a llevar adelante los asuntos comunes. Eso puede implicar obviamente -como si nosotros fuéramos a autoorganizarnos en una comunidad- que dijéramos, bueno, también vamos a establecer reglas sobre cómo vamos a hacer nuestras reuniones, en qué momento vamos a hacer intervalos, si se puede fumar en el aula, en la sala;



establecemos modos de regular nuestra vida en común, que también pueden incluir modos de reformar las reglas que organizan nuestra vida en común.

Por eso la idea rousseauiana de yo soy esclavo de la ley, me someto a la ley y soy sometido a la ley, tiene sentido si yo puedo decir “soy autor pleno de esa ley”. O sea, no es que Rousseau estaba loco. La idea es yo estoy limitado duramente por la ley, porque veo a la ley, me veo a mí mismo, escucho a la ley, escucho mi voz.

Entonces, en ese sentido, cuando las normas que limitan son las normas que hicimos nosotros y yo puedo decir me siento plenamente identificado, obviamente salvando las distancias de lo que uno sabe entre la teoría y la práctica, pero con esas salvedades entendemos que hay todas las razones del mundo para decir me siento limitado por el Derecho, cuando ese Derecho es producto nuestro.

Porque una cosa también es decir -qué sé yo- el Derecho norteamericano, la Constitución norteamericana no era plenamente legítima; primero fue una Constitución en que hicieron el esfuerzo por plebiscitarla en cada estado; las discusiones que se dieron en cada estado eran en plena libertad de expresión; la oposición pudo organizarse todo lo que quiso; aun esa Constitución, frágilmente democrática en sus términos iniciales, fue una Constitución que tuvo un ímpetu democratizador, ¿por qué? porque si no de otro modo las reglas limitadoras no tienen sentido.

Entonces, en la tensión habitual que uno piensa constitucionalismo y democracia, el constitucionalismo gana relevancia en la medida en que las reglas que limitan son producto de nuestra voluntad democrática más o menos sólida.

Por ende, mi punto de partida sería eso. O sea, es muy importante ver cuál es la naturaleza de las normas que nos limitan. Y no es entonces que uno tenga razones para someterse a cualquier tipo de normas, porque tienen la fuerza coercitiva detrás. Eso por un lado.

El segundo punto. -la verdad es que hay muchas cosas que me interesa decir, pero no quiero ocupar demasiado tiempo- el segundo punto sobre el que enfatizaría en esta idea de darle un énfasis especial a la cuestión democrática, por supuesto que cargaría mucho las tintas—ésa es la tradición en la que muchos de los que estamos acá, Marcelo Alegre yo, seguramente pertenecemos— cargaría mucho las tintas en la idea de qué concepción de la democracia estamos tomando como punto de partida.

Yo no tomo la tradición a la que pertenecemos muchos de nosotros —no es una tradición ligera sobre la democracia, es muy exigente— pero le da obviamente un poder extraordinario a la fuerza, a la voluntad democrática colectiva en la medida en que se cumplan ciertos requisitos.

Yo pertenezco a esta tradición de vincular democracia con procesos fuertemente inclusivos y deliberativos; pensamos colectivamente. Si vamos a organizar nuestra vida en común, las reglas tienen que ser decididas por nosotros, por todos nosotros, después de ponernos de acuerdo en un proceso de discusión. Y yo tengo todas las razones del mundo para respetar esas reglas.

Entonces, va a haber un límite a la democracia, por supuesto, porque son normas que han salido de una discusión inclusiva y deliberada entre todos nosotros. A esas reglas limitativas, tengo todas las razones del mundo de someterme. Otras reglas, yo creo que hay que tomarlas con una enorme sospecha y enorme limitación.



Y me gustaría después, lo dejo para más adelante, tomar el caso argentino. Yo del Derecho argentino tengo muy poco respeto de lo que es y lo que ha sido, pero creo que ha habido reflexiones interesantes en las cuales mucha de la gente con la que yo me siento identificado ha participado, por ejemplo, sobre cómo lidiar con las normas que provienen de un régimen de facto. Entonces, sobre eso después quisiera volver.

DECANO DAVOR HARASIC Y.: ¿Profesor Pablo Ruiz Tagle?

PROFESOR PABLO RUIZ-TAGLE V.: Yo paso.

DECANO DAVOR HARASIC Y.: Profesor Alegre.

PROFESOR MARCELO ALEGRE: Buenas tardes. Es un enorme placer, como siempre, estar de vuelta en la gran Universidad de Chile.

¿Cómo se reforma la Constitución? ¿Qué poder tiene o debería tener una asamblea convocada para reformar la Constitución? Son las dos preguntas del Decano en las que me quiero enfocar.

¿Cómo se cambia la Constitución?

Cuando nació mi hijo, a las pocas horas hizo caca. Y yo le pregunté a la enfermera ¿y ahora cómo se hace? “Como se pueda”, me dijo la enfermera. Estoy tentando a dar esa respuesta. ¿Cómo se cambia una Constitución que tiene un origen autoritario? Estoy tentado a dar esa respuesta.

Bueno, esta Constitución con un origen autoritario habrá que cambiarla como se pueda, como se consiga consenso, etcétera. Creo que estas son cuestiones que están muy vinculadas con dinámicas y conflictos políticos de un país que uno quiere pero que no es el suyo, y por lo tanto no quiero meterme demasiado.

Creo que hay un elemento que es imprescindible, una reforma en profundidad de la Constitución tiene que tener y tiene que haber una consulta popular en algún momento. Es decir, el pueblo tiene que poder expresarse, ya sea para elegir una Asamblea Constituyente o ya sea al final del proceso, para dar el sí o el no a lo que se propone. Me parece que ése es un elemento mínimo, democrático que tiene que estar presente. No estoy seguro de que tenga que estar presente antes y después. Lo discutíamos con el profesor Fernando Atria hace un rato, pero tiene que haber una amplia participación popular, una elección, ya sea antes o después de la reforma. Yo creo que eso es el mínimo componente democrático que una reforma en profundidad a la Constitución tiene que tener.

El profesor Roberto Gargarella y quien habla formamos parte de intentos de reforma constitucional en la década del 80, con nuestro querido profesor Carlos Nino, y se elaboró una propuesta de Constitución muy progresista, muy modernizante de las instituciones políticas y jurídicas de nuestro país. Más tarde tuvimos la oportunidad de estar cerca de Raúl Alfonsín en la reforma constitucional de 1994, que fue una reforma muy importante. Quizás tengamos algunos minutos para decir algo de ella.

Nuestras ideas han sido y son ambiciosas respecto de las reformas de nuestras instituciones públicas, tanto el profesor Gargarella como yo hemos criticado mucho el presidencialismo y tenemos nuestras ideas respecto de los derechos sociales, etcétera, etcétera.



Pero un tema que me gustaría defender esta tarde dice relación con mínimos elementos de la teoría democrática-liberal de la Constitución. Creo que hoy en América Latina se ha vuelto imperioso defender ciertos elementos básicos de la teoría democrática liberal. Pienso que uno de esos elementos, por ejemplo, es el individualismo, el individualismo bien entendido, no el egoísmo. Esto es una aclaración que hizo Popper hace 80 años, pero se vuelve necesario hacerla todo el tiempo. La idea de defender los intereses más importantes de las personas, una por una. Ése es el corazón de los derechos humanos. Y por eso no hay derechos humanos fuera de esa matriz demoliberal.

Pero respecto de la cuestión de cuánto poder debe tener una Asamblea Constituyente, creo que en democracia no puede haber ningún poder sin control y no puede haber ningún poder ilimitado. De modo que yo me resistiría a la idea de pensar que de repente se suspende la historia y en un cuerpo colectivo determinado está la suma del poder público, la soberanía, el nombre que le quieran dar.

A mí no me asusta que haya límites claros a la tarea de una Asamblea Constituyente. No me asustó en el año 94 en mi país, y por lo tanto también creo que no sería una especie de control de la actividad de esa Asamblea, que exista una elección posterior para que la sociedad pueda pronunciarse. Entonces ¿cuánto poder? ¡Nunca todo el poder!

Yo recuerdo que en la Constitución de 1853 ésta era una idea que estaba muy presente en la gran Constitución fundadora de la Argentina. Había cosas ahí que no se podían hacer; no se podía negar la libertad de cultos a la gente como reclamaba la minoría conservadora. Eso sería, decían los constituyentes, inconstitucional.

Pero si no había ninguna Constitución, ¿cómo es posible? Era la idea de que no hay ningún poder ilimitado, que hay siempre controles, límites a lo que una Asamblea puede hacer. Esos límites son sustantivos, vienen dados por alguna concepción de los derechos, del límite del poder, que va más allá de una concepción positivista, pero también pueden ser límites legales o institucionales.

La idea de que una Asamblea sea convocada a pronunciarse en los límites de determinadas cuestiones que se someten a su capacidad, a su entendimiento, es una idea liberal que me parece bastante sana para la democracia. En estos tiempos de América Latina es más necesario aún.

PROFESOR DAVOR HARASIC Y.: Muchas gracias, profesor Alegre.

Tiene la palabra el profesor Ruiz-Tagle.

PROFESOR PABLO RUIZ-TAGLE V.: Bueno, primero quiero decir que estoy muy contento de que los profesores Roberto Gargarella y Marcelo Alegre estén aquí junto con la profesora Mónica González y los profesores Lucas Bettendorff, Martín Farrell y Martín Böhmer, que han venido en este proyecto de unir el trabajo de la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Autónoma y la Universidad de Chile a nivel doctoral. Me alegra que esto se pueda hacer; es una iniciativa que teníamos y que se concrete, creo que es muy valioso.

Ahora, respecto a las preguntas, diría que una Constitución legítima o que se legitima, tiene que cumplir dos condiciones -aquí no estoy hablando desde el punto de vista del constitucionalismo Latinoamericano o mundial, sino chileno-, tiene que ceñirse al Derecho Constitucional existente, y segundo tiene que respetar a las mayorías y a las minorías, es decir, a los principios democráticos.



Creo que ésta es la experiencia que uno puede sacar después de lo que se trató de hacer en Chile con el Presidente Salvador Allende, que se quiso hacer un gran proyecto de reforma o grandes reformas, pero se hizo con un Gobierno que tenía un apoyo que no era mayoritario, y se usaron métodos jurídicos que no eran generalmente aceptados. Se quiso ir por caminos cortos, por atajos, y ésa es una cuestión que debemos respetar.

El poder constituyente siempre en las democracias constitucionales, tiene límites. ¡Siempre! Y los límites son las normas constitucionales existentes. Si ejercemos el poder constituyente en un ámbito que no es la democracia constitucional, ciertamente que no hay límites, y eso es lo que distingue el ejercicio de Pinochet, el ejercicio de los gobiernos que tienen una base no constitucional y no democrática, de los que la tienen.

El profesor Roberto Gargarella ha usado la palabra “reglas”, es decir, que las reglas nosotros las aceptemos y las creemos, que trabajemos en su creación. Bueno, esa es la idea del Derecho. El Derecho es el conjunto de esas reglas. Y ha usado la palabra deliberación e inclusión, y esos son básicamente principios de base democrática.

Por su parte el profesor Marcelo Alegre ha dicho que la Asamblea Constituyente, en la lógica de la Asamblea Constituyente en el contexto de la democracia constitucional, que es un método perfectamente válido para cambiar la Constitución, y que nuestros parlamentarios podrían decir que ése es el método correcto, siempre debe estar sujeta a control y va a estar sujeta a control. En Chile va a estar sujeta a control si es que se adoptara la Asamblea Constituyente, va a quedar sujeta a control del Tribunal Constitucional, eventualmente, de la Contraloría, en fin. Hay mecanismos de control. Por eso, el poder constituyente, en las democracias, es siempre limitado.

Yo he estado leyendo, porque Roberto Gargarella me regaló su libro hace algún tiempo –el libro de la Sala de Máquinas– que tiene una cuestión que es atingente analizarla ahora, para especificar un poco más lo que plantea cada uno.

En la página 297 él dice que él tiene una posición que supone criticar el presidencialismo, y también el nuevo rol adquirido por el Poder Judicial en las últimas décadas, como órgano decisor fundamental en las nuevas democracias, y señala “menos aún a la luz del elitismo que sigue distinguiendo a los poderes judiciales latinoamericanos”.

Es aquí donde me gustaría que en la segunda parte de la exposición, el profesor Gargarella aclarara un poco más su planteamiento, porque él dice inspirarse en un constitucionalismo radical. Ha hecho un ejercicio notable –por eso es muy conocido su trabajo– de estudiar los autores constitucionalistas de prácticamente todos los países de América, destacando esta tradición radical que en Chile serían los trabajos de Bilbao, que a mi juicio no llega a tener un planteamiento constitucional.

Pero ¿en qué consistiría esta tesis del constitucionalismo radical? El profesor Roberto Gargarella lo distingue muy bien del nuevo constitucionalismo latinoamericano, que sería la tesis de Chávez, de Tiziano y Pastor, que también él ha criticado y en eso coincidimos, que permitiría entonces pensar en un constitucionalismo alternativo al republicano liberal.

Creo que con el profesor Marcelo Alegre –disculpa que no te critique– pero creo que estamos más cerca en eso, al rescatar esa tradición democrática, republicana, liberal, con él nos sentimos más cerca.

En el caso del profesor Roberto Gargarella, él quiere hacer el esfuerzo de rescatar un planteamiento de un constitucionalismo radical. A mí eso me parece francamente equivocado, o no suficientemente aclarado. Entonces, para



marcar las diferencias, si vamos a hablar de democracia, si vamos a hablar de límites, ¿cuáles serían los límites en ese planteamiento?

Esa sería mi intervención.

DECANO DAVOR HARASIC Y. Gracias, profesor Ruiz-Tagle.

Profesor Fernando Atria.

PROFESOR FERNANDO ATRIA: Muchas gracias por la invitación. Un honor estar aquí con estos distinguidos colegas argentinos.

Debo decir que cuando estaba en la escuela creo que leí alguna cosa del profesor Gargarella y no del profesor Marcelo Alegre, por razones generacionales. Las habría leído ahora, supongo. Así que es un agrado.

Creo que la pregunta del Decano es una buena manera de partir. ¿Qué límites tiene el poder constituyente? Pero antes de responder, preguntaría ¿cómo entender la pregunta? Porque creo que es demasiado habitual entre nosotros los chilenos, pero no sólo en la reflexión constitucional chilena, que la reflexión constitucional asume un lenguaje normativo –digo normativo para no decir moralista, porque moralista puede sonar peyorativo, pero en ese sentido lo uso– en un sentido, por así decirlo, que el teórico constitucional, que se dedica a la teoría constitucional da prescripciones sobre lo que está bien o lo que está mal hacer.

Entonces, si la pregunta es ¿el poder constituyente tiene límites en este sentido? O sea, ¿creo yo que hay cosas que estaría bien o mal que el poder constituyente hiciera? Bueno, yo tengo una cantidad enorme de prescripciones que dar, de lo que me parecería bien o mal. Pero ése no es el punto interesante, creo yo. Vale decir, cada uno tendrá las prescripciones, y por supuesto que habrá algún debate normativo interesante que tener entre distintas prescripciones. Pero el punto no es ése. El punto es un punto -por así decirlo- de teoría constitucional

¿Para ser poder constituyente, reconoce algún límite? Creo que toda esta discusión no debe nunca perder conciencia. Esto lo estamos hablando con Martín Böhmer en el almuerzo, que es una discusión que parece estar siempre muy cerca de lo que Genaro Carrió llamaba “los límites del lenguaje normativo”.

¿Qué puede querer decir preguntarse si el poder constituyente tiene límites? Yo pienso que uno tiene que tomarse esa pregunta en serio, porque creo que lo que Carrió decía, cuando decía esta pregunta está más allá de los límites del lenguaje normativo, esto es pura facticidad. Y lo que se afirma, se afirma, y bueno, no tiene mucho sentido preguntarse por los límites, más que por los límites de cuántos tanques tiene usted y qué es lo que usted puede hacer con los tanques que tiene. Por eso está más allá de los límites del lenguaje normativo, según Carrió o en mi interpretación de Carrió.

Pero creo que es un error mirarlo así, porque lo constituyente, el poder constituyente sólo puede ser reconocido retrospectivamente, es decir, siempre se identifica en pretérito. El poder constituyente actúa y en el momento en que actúa hay una pretensión constituyente o una pretensión que puede ser incluso desconocida para el que actúa y se reconoce desde después.

Entonces, ahí la pregunta interesante se hace para que algo sea reconocido como poder constituyente, necesita asumir



algún límite. Y yo diría que hay algo que es parte de lo que significa poder constituyente, porque constituir significa clausurar posibilidades no actualizadas. Entonces, un poder que es pura potencia y que desea continuamente ser pura potencia, no puede constituir nada. Constituir es establecer instituciones, formas, procedimientos, y eso supone que fuera de esas instituciones, formas y procedimientos no hay opciones.

Entonces, es parte consustancial de la idea de poder constituyente que es un poder que necesita ir progresivamente negándose a sí mismo y negando potencialidades no actualizadas. Por eso no es que no alcance a entender, sino que estoy en desacuerdo no más.

La distinción que hacía el profesor Gargarella entre constitucionalismo y democracia, porque hablar de una distinción entre constitucionalismo y democracia o de una oposición o de una tensión, es como decir que hay una oposición o una tensión entre comunicación y gramática. Es decir, sin formas institucionales, no hay democracia posible, y el constitucionalismo son esas formas institucionales.

Entonces, creo que es un error mirarlo como si fueran dos elementos que están en tensión; es la misma idea, las instituciones constitucionales son las formas a través de las cuales se realiza la idea democrática.

Otra cuestión que supongo que podrá quedar después para la discusión posterior y que ahora quiero mencionar para no dar la impresión de que creo que es poco importante, es que si uno está pensando o si uno está discutiendo la necesidad de una nueva Constitución, ¿qué es lo que se puede decir sobre las formas a través de las cuales una nueva Constitución puede darse? Yo no creo que sea mucho lo que se pueda decir.

Hay algún sentido que yo me he cuidado de verbalizar en esas palabras por temor a la prensa, en que la respuesta a cómo se hace una nueva Constitución, tiene algún sentido calificado en que es bueno, como sea. Vale decir, fue en Estados Unidos una convención de hombres blancos dueños de esclavos. En Alemania fue un país ocupado. En Chile fue un poder que venía de un Golpe de Estado. En otras partes han sido asambleas constituyentes. O sea, hay de todo.

Entonces, yo lo que sí creo que uno puede decir es cómo no se hace una nueva Constitución. En eso los chilenos tenemos espacio para darle cátedra al resto del mundo. Nosotros hemos tratado una y otra vez de hacer una nueva Constitución exactamente a través de las maneras en que no se puede hacer una nueva Constitución, que es mediante el ejercicio de poderes constituidos. Es pretender ejercer el poder constituyente a través de formas constituidas.

¡Por favor, yo ahora en este momento no estoy abogando por nada, ni estoy prescribiendo nada! Estoy sólo tratando de entender.

¿Qué fue lo que ocurrió en el 2005? Se dictó una reforma constitucional, que fue una reforma constitucional no porque fue llamada reforma constitucional, no porque nadie hubiera querido que fuera reforma constitucional. De hecho, el Presidente Lagos quería que fuera una nueva Constitución. Pero fue una modificación constitucional hecha a través de formas instituidas. Y esas formas instituidas no son gratuitas ni aleatorias. Los procedimientos -yo esperaría y supondría que para los abogados esto es especialmente evidente- los procedimientos son maneras de hacer posibles o imposibles, probables o improbables, ciertas decisiones sustantivas. Y los procedimientos de reforma constitucional, su sentido es hacer posible la reforma del texto constitucional en todo eso que no corresponde a la decisión genuinamente constitucional, genuinamente constituyente.



Entonces, si el problema es la Constitución y no el texto constitucional, sino que de ese texto la parte que es la Constitución, si ése es el problema, la solución no puede ser la reforma constitucional.

DECANO DAVOR HARASIC Y. Gracias, profesor Atria.

Creo que quedan manifiestas algunas diferencias, pero quisiera tomarme de algo que dijo el profesor Gargarella en la primera vuelta: que querrías tomar el caso argentino sobre cómo las normas nacidas ilegítimamente pueden tornarse legítimas. Y esto quiero vincularlo un poco con lo que hemos conversado, porque hay quienes postulan en Chile, y esto está vinculado también de alguna manera con lo que dice el profesor Ruiz-Tagle, hay quienes postulan en Chile que nuestra Constitución nació en dictadura, y en consecuencia, por mucho que se ha intentado legitimarla a través de diversas reformas, no se ha logrado. Y eso un poco pugnaría contra lo que señalaba el profesor Ruiz Tagle, como la necesidad de control, necesidad de control que estaría establecido en la misma Constitución.

Entonces, me encantaría conocer tu posición y que conversáramos en torno a cómo estos controles establecidos en una norma que por algunos se supone no legítima, podrían dar lugar a una norma legítima.

PROFESOR ROBERTO GARGARELLA. Voy a tratar de retomar un poco el tema, porque no sé si llego a ese tipo de conclusión sugerida.

Insisto: del Derecho argentino tengo muy poco aprecio sobre lo existente, sobre lo que se ha hecho, sobre lo que se hace hoy. Pero de todos modos una experiencia, que fue la primera experiencia en la transición democrática que nosotros vivimos, me pareció interesante. Además fue una experiencia sobre la cual hubo mucha reflexión de la gente cercana, a la que uno aprecia, a la que uno consideraba con interés. Y hubo una serie de hechos vinculados con el último momento de la dictadura, que generaron esa especial reflexión y que me resultan interesantes para pensar también hoy Chile, con todas las distancias y salvedades de un extranjero.

Pero de ahí, de lo poco que yo rescataría como reflexión surgida del Derecho y de la Filosofía Jurídica argentina hablando sobre el Derecho Concreto, que me parece muy rico, de las últimas decisiones que toma la dictadura antes de dejar el poder, es una muy crucial para todo lo que viene, y lo mismo uno podría pensar sobre una dictadura haciendo una Constitución, pero en nuestro caso fue una dictadura autoperdonándose. O sea, fue la ley de autoamnistía que dictó la dictadura antes de dejar el poder.

Hubo mucha reflexión, en la que muchos de nuestros amigos juristas, Genaro Carrió entre ellos, Carlos Nino obviamente, habían trabajado, y generó una enorme dificultad. ¿Qué hacemos con esto? Una parte importante del aparato jurídico del peronismo consideraba -esto es ya Derecho vigente- que sobre esto no podemos hacer nada: la Ley Penal más benigna, estamos muertos, ya está, pero no podemos hacer nada con esto. En realidad, creo que estaban felices de lo que ocurría.

Parte de lo que sería, el partido Radical y gente cercana a Genaro Carrió, pensaba en términos de que ahí pasó algo que debe encararse de otro lado, que tiene que ver con la toma del poder absoluto. Entonces, él buscaba algún apoyo, alguna norma de la propia Constitución vieja, para decir que medidas tales como la autoamnistía debían fulminarse por esto que implicaban ser expresión de la suma del poder público que la vieja Constitución fulminaba.

Por su parte, Carlos Nino con otra gente exploró otra vía, que tenía que ver con la misma teoría democrática que yo había



elaborado y que está detrás de todas las reflexiones. Digo esto para anticipar algo de lo que sugería el profesor Ruiz Tagle sobre el pensamiento radical en ese sentido, que es un modo de pensar la democracia que lo que nos dice es que uno no defiende una norma democrática secamente, surgida de cualquier procedimiento al que yo le pongo arriba el sello y el título democrático en cartulina. No, tiene que ver con cierto modo de concebir la democracia; la democracia tiene sentido, nos interesa, la justificamos y la aceptamos, si tiene determinados rasgos, si tiene determinadas características que yo vinculaba con rasgos como los de inclusión, deliberación, para decir, dentro de una teoría democrática como la que defendía Nino, que cuanto más hay de discusión inclusiva en una decisión, más razones en principio tenemos para deferir hacia ella. Es decir, si es una norma que creamos todos nosotros y se va a aplicar sobre todos nosotros y la acordamos entre todos, bueno, tenemos muchas razones de respetarla, porque la hicimos nosotros mismos.

En cambio, si esa norma se hizo diciendo que quienes están sentados en el ala izquierda no pueden hablar, porque no nos gusta lo que piensan y solo pueden hablar los que han pagado la entrada., si empezamos con ese tipo de limitaciones, o sea, en un rango, cuando menos haya habido de contenido inclusivo, cuando menos haya habido la posibilidad de discusión pública, cuando menos haya habido posibilidades de debate conjunto, menos razones tenemos para deferir hacia esa norma y asumirla como una norma respetable.

Ese tipo de argumentos que en un punto uno diría vinculados con una teoría de la democracia robusta, sofisticada, teórica, abstracta, ese tipo de argumentos fue tomado por el Parlamento argentino en su primera decisión, cuando nació la democracia, para fulminar, para anular la ley de autoamnistía. Fue una ley fulminada con argumentos democráticos.

La idea fue: si hay normas de la dictadura que van a seguir siendo tomadas como relevantes, como vigentes, no es por su respetabilidad en los modos en que fue hecha, sino en todo caso por cuestiones de coordinación, porque -qué sé yo- si dictaron una ley de matrimonio durante la dictadura, no es que se anule, como tampoco quedaron anuladas las propiedades que se vendieron en esa época. No las vamos a anular simplemente porque es un caos, pero por una cuestión de coordinación, de prudencia, pero no por una cuestión de principios, porque tengamos razones para deferir hacia la autoridad.

Entonces, la idea que me parece que es muy rica para pensar es que en principio no tenemos razones para considerar como válidas ese tipo de normas. El hecho de que esas fueran normas vigentes, que tuvieran la fuerza del aparato estatal atrás, no dan razones para concebir esas normas como válidas. Vigencia no es lo mismo que validez.

Nino había escrito en esos años un libro sobre La Validez del Derecho. La validez del Derecho depende de otra cosa, debe depender de otra cosa. Y me parece que fue un camino para mí hermoso de encuentro entre la reflexión teórica y la práctica angustiante de la política, para tomar una posición para mí muy sana y muy de sentido común sobre las normas de dictadura. Si van a seguir rigiendo, no es porque les adjudiquemos una validez que no tienen, que no merecen tener. No las hicimos nosotros. Si van a seguir rigiendo va a ser, en parte, porque no queremos que nuestra vida sea un caos. Pero no puede depender nuestra vida de eso, en lo que no hemos sido parte.

Si nosotros estamos en una comunidad, hacemos nuestras normas, escribimos nuestro reglamento, hacemos nuestros planes de cómo invertir lo que recaudamos, lo que juntamos, pero si un día viene un equipo que secuestra la comisión directiva de nuestra cooperativa, no significa que el día que se van yo sigo atado por los reglamentos que ellos hicieron y que nos ataron con obligaciones por todos lados. ¡No, trataremos de cumplir nuestras obligaciones por el respeto,



por coordinación, para que no se convierta todo en un caos! Pero no tengo ninguna razón para considerar ese estatuto creado por un secuestrador como si tuviera autoridad.

Podemos asumir grados de responsabilidad y de vínculo entre civiles y militares diferentes, pero la historia es la misma. O sea, en términos democráticos no tengo ninguna razón para deferir, salvo que no quiero que esto se convierta en un caos. Pero si es sobre una cuestión de principios, no tengo ninguna razón para considerar eso como Derecho válido. No es Derecho válido un Derecho vigente que tiene la fuerza del cañón atrás. Y entonces lo mantendré porque no quiero que la sociedad se convierta en un caos, pero no tiene presunción de validez.

Entonces, esa reflexión en torno a democracia, presunción de validez y normas autoritarias, para mí es muy rica, sobre todo a la luz de las barbaridades que en mi Derecho he leído al respecto. Entonces, creo que es una línea muy fructífera, que no lleva a nada revolucionario ni contrarrevolucionario. Somos demócratas, queremos autogobernarnos en un sentido muy liviano, muy modesto, pero no en un sentido ridículo.

Una norma que crea un equipo que nos secuestró, no es Derecho válido. Entonces, hay muchas posibilidades de seguir haciendo precisiones sensatas a partir de esa intuición, y esa intuición me interesaba dejarla planteada.

DECANO DAVOR HARASIC Y.: Profesor Ruiz-Tagle, sin perjuicio de tu respuesta frente a las diferencias, me surge una duda que quisiera plantearla para entender perfectamente el tema. ¿Cómo reconocemos las normas que nos imponen un límite? Tú señalas que hay normas que imponen un límite ¿Cómo las reconocemos? Concretamente mencionas la Contraloría, el Tribunal Constitucional. ¿De dónde surge la legitimidad de esos órganos?

PROFESOR PABLO RUIZ-TAGLE V.: Esas normas son el Derecho vigente y la Constitución vigente. O sea, no estamos...

DECANO DAVOR HARASIC Y.: El mismo que se quiere cambiar.

PROFESOR PABLO RUIZ-TAGLE V.: Por supuesto –por supuesto– el mismo que se quiere cambiar, y para cambiarlo hay que dar argumentos profundos y tener una convicción y el apoyo de la mayoría, un apoyo sustancial de la mayoría para que se puedan modificar estas normas. Y si no, personalmente pienso que no se cumple la condición de cumplir con el Derecho.

Ahora, eso no implica que no pueda haber interpretaciones y mutaciones sustantivas. Pero, el tema del cambio constitucional y el procedimiento constitucional, sin hablar de las propuestas, a mí me parece que es un debate académico un tanto incompleto, porque son las propuestas precisamente las que permiten criticar el texto vigente y adoptar nuevas posiciones y convencer a la ciudadanía que realmente hay una necesidad de cambio constitucional.

El trabajo que por muchos años han hecho el profesor Roberto Gargarella y también el profesor Marcelo Alegre, de estudiar el constitucionalismo del Siglo XIX y del Siglo XX, en distintos países, qué sentido tendría si no se creyera que hay que dar una respuesta en términos de las doctrinas jurídicas más aceptadas, porque si se tratara de construir un espacio que no existe, un espacio para el cual se utilizan las categorías aristotélicas o tomistas de acto y potencia, o se piensa que en verdad hay un momento que uno no lo puede entender cuando está sucediendo, sino que sólo varios años después, eso es negar las posibilidades de la razón en el trabajo de la reforma o la construcción del Derecho. Es creer que el Derecho se inspira en experiencias místicas, iluministas, espirituales, de personas muy especiales que tienen estas



iluminaciones y que son capaces de verlas, y que los ciudadanos comunes no accedemos a ella, solamente tenemos que seguir y seguir las experiencias místicas, en la medida que se nos expresan.

Yo no creo que eso tenga nada que ver con el Derecho Constitucional ni con un proyecto de reforma constitucional democrática. Un proyecto de reforma constitucional democrática tiene como una tarea principalísima el estudio de todos los trabajos de Derecho Constitucional. Y cuando Roberto Gargarella dice “es que al Derecho argentino yo no le tengo mucha simpatía”, es porque entre otras cosas él lo ha leído, y lo ha leído ad nauseam, y ha llegado a esa convicción de que en realidad ahí hay pocos antecedentes, pero hay que hacer ese trabajo.

Lo mismo hay que hacer en términos del Derecho Comparado. Hay que ir a buscar las experiencias de otros países, porque las capacidades de innovación en estas materias son limitadas. No hay un número infinito de regímenes políticos que puedan llamarse democracias constitucionales. Hay una combinación más o menos discreta que permite una cierta variación e innovación por la vía del ensayo y error. Por ejemplo, podríamos decir que un país puede ser más democrático hoy día si se incluye la institución del ombudsman, que antes de 1906 no existía, que es una institución que tiende a dar una representación especial, constitucional, a la ciudadanía, pero no cualquier forma de participación política de la ciudadanía va a ser ni constitucional, ni democrática.

Por eso yo insisto en la pregunta anterior, en qué puede consistir este constitucionalismo radical, este constitucionalismo de alternativa, que va más allá de una crítica razonada, sino que hace propuestas que en definitiva no logro visualizar qué podrían ser.

Roberto Gargarella en su libro propone dos medidas, que se amplíe el derecho de acceso a la justicia. En estas modalidades parciales, en la página 359 dice “cambiar radicalmente el acceso a la escena pública de los peor situados y facilitar el acceso a los tribunales”.

Son dos medidas que a mí me parecen tremendamente atractivas, pero hay un punto, para ser más preciso y para que nos entretengamos un poco, porque quiero decirlo francamente, este living, que es una especie de lugar en que deberíamos estar cómodos, yo por lo menos no estoy cómodo. Cuando tú dices que se requiere introducir a los obreros en el Derecho Constitucional ¿En qué consiste eso? ¿En qué puede consistir?

PROFESOR ROBERTO GARGARELLA: Quiero contestarle. Simplemente no quiero quitarle tiempo al resto ni al debate de fondo. Tengo cosas para decir al respecto, pero no quiero que nos salgamos de la discusión de fondo. Si tengo algún minuto, yo te hago una contestación, pero no quisiera ocupar el espacio del resto.

DECANO DAVOR HARASIC Y.: ¿Profesor Marcelo Alegre, coincides con Pablo Ruiz-Tagle, porque dices “no puede haber poder sin control?” ¿De dónde surge el control en un proceso constituyente, por ejemplo, con una Asamblea Constitucional?

PROFESOR MARCELO ALEGRE: Ese control, en mi país, por ejemplo, lo ejerce la Corte Suprema. Ese control lo ejerce ex ante el Congreso, que dice la Asamblea Constituyente es convocada para reformar tal o cual parte de la Constitución, y no tal otra. Es decir, eso surge de entender el proceso de reforma como un proceso complejo, en el que interactúan poderes constituidos y el poder constituyente, si uno quiere entender así a la asamblea votada popularmente. Digamos, depende de cada país.



Pero en el fondo la idea que yo quiero cuestionar es la idea de la Toma de La Bastilla Constitucional. Es la idea de que en un momento determinado el pueblo es autónomo, es libre, es soberano, y se da su estatuto. Yo creo que ese momento nunca llega en las democracias constitucionales, y que la Constitución tiene que procurar ser un acuerdo lo más amplio posible. Y un acuerdo lo más amplio posible es un acuerdo cuyo resultado va a dejar a todos bastante insatisfechos. Ésa es la señal de que hay una buena Constitución.

La experiencia de la Constitución de 1994, fue una Constitución cuyo motor fue la ambición de Carlos Menem de poder ser reelecto. Entonces estuvimos a punto de tener una Constitución de un solo partido, donde de prepotencia -amañando las reglas de reforma de la Constitución, como ya había hecho el peronismo en el año 1949- estábamos a punto de tener una Constitución de un solo partido, que iba a tener los peores vicios del caudillismo y del populismo: reelecciones indefinidas sin ningún tipo de atenuación del presidencialismo; sin democratización de las elecciones, preservaba la elección directa e indirecta del Presidente; no le daba a la ciudad de Buenos Aires la posibilidad de elegir sus propias autoridades, etcétera.

Entonces, ante eso, a cinco centímetros del precipicio, el líder de la oposición, Raúl Alfonsín, prestó su acuerdo para tener una reforma en la Constitución con los dos tercios de los miembros totales de cada cámara, como lo establecía la Constitución, y a cambio de darle la reelección inmediata al Presidente, obtuvo una serie de reformas, como por ejemplo el acortamiento del mandato; que la reelección no fuera indefinida; que la elección fuera directa; que los porteños pudieran elegir a sus jefes de Gobierno; que se incorporara un Senador por la minoría, y muchas otras reformas que estaban casi en letra chica y de detalle y que terminaron siendo grandes reformas de nuestra vida política y jurídica. Y una que yo señalo es darle a los tratados de derechos humanos jerarquía constitucional. Eso significó una revolución, para todos los movimientos de derechos humanos, para reivindicaciones indígenas, etcétera, etcétera.

Y ésa fue una Constitución imperfecta, que nos dejó a muchos insatisfechos. Los que hasta un día antes veníamos luchando por el no a la reforma, porque el no a la reforma significaba el no a la reelección de Menem, vimos que Menem podía presentarse a la reelección, que era lo que nosotros no queríamos, y a su vez el peronismo tuvo que tolerar el fortalecimiento de muchos órganos de control. Por ejemplo, se estableció que algunos órganos de control tenían que ser presididos por la oposición; la elección directa del Presidente, le quitó un gran peso a las provincias, a los regímenes feudales de muchas provincias argentinas.

Sin embargo, con los años esa Constitución es hoy vista como una Constitución de todos, un documento perfectible, un documento que no cumplió con todas las expectativas, pero que tiene esa característica importante de una Constitución, que es un documento, que es nuestra Constitución, que todos reconocemos como una obra nuestra. Por lo tanto, nos sujetamos a ella. Creo que hay muchos ejemplos de esto.

Un ejemplo que a mí me gusta mucho es el de la Constitución española. Había que ver lo que era España en 1975, 1976, 1977; el grado de polarización de un país que venía de una guerra civil, de una dictadura de 40 años, etcétera. El ejemplo es cómo ahí todos los sectores llegaron a llevar a cabo un ejercicio de consenso, de acuerdo, de compromiso -todas esas palabras que a veces son mala palabra últimamente en la política progresista latinoamericana- que trajo la paz, trajo la democracia, y hoy uno puede hacer ese ejercicio de ver en la Constitución española los rastros de cada una de las grandes tradiciones políticas del Siglo XIX y del Siglo XX. Ése es un poco mi modelo de cómo yo pienso a la Constitución. No es



el instante glorioso en el que el pueblo se da su estatuto, sino que es el resultado de un esfuerzo muy trabajoso, de mucho compromiso y de mucha voluntad de llegar a acuerdos.

Por eso es que yo creo que es difícil avanzar en el contenido para alguien que viene de otro país, porque eso es lo que los chilenos tienen que decir, qué es lo que quieren en esa Constitución.

Yo quizás lo que tengo son preguntas. Por ejemplo: si planteara en la Argentina la posibilidad de una reforma constitucional que dejara sin efecto el sistema federal, eso sería impensable. Sin embargo, creo que en Chile no hay como una gran demanda por cambiar el sistema unitario por un sistema federal. Eso es una curiosidad que tengo, qué es lo que se piensa.

Si tuviera que hacer una propuesta, la haría respecto de aquello que tenemos en común, que creo que tenemos que cuidar y preservar y que es donde realmente se está forjando y definiendo la identidad latinoamericana, si es que eso existe, que es el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que está siendo hostigado, amenazado, atacado, hace ya varios años.

Pienso que es muy importante que una nueva Constitución autorice la existencia de cuerpos judiciales que tengan incluso la capacidad de dejar sin efecto decisiones democráticas del propio Estado. Creo que eso es muy importante.

La democracia no se debilita cuando jueces en otro país dejan sin efecto una ley o declaran que viola la Convención de Derechos Humanos. Creo que la democracia se fortalece. Hay una idea a mi juicio equivocada de que el sistema interamericano es una especie de amenaza al autogobierno de los países, lo que no quita que haya muchas o importantes reformas que hacerle a ese sistema.

Creo que ese es un tema a discutir, con vistas a un proceso constituyente; ¿Cómo fortalecemos el sistema interamericano?

DECANO DAVOR HARASIC Y.: Gracias.

Profesor Atria.

PROFESOR FERNANDO ATRIA: A mí me gustaría comenzar comentando algo que dijo que el profesor Alegre, con lo cual yo estoy completamente de acuerdo.

Dice que es un error pensar que el momento constituyente, por así decirlo, el momento oficialmente constituyente -no ese momento que tiene una fecha, que normalmente después termina siendo un feriado- ése es el momento de la autonomía del pueblo, que ése es el momento de la libertad, y que el resto, bueno, el resto después tendremos que simplemente desenvolver los compromisos o las decisiones que se hayan tomado en ese momento.

Creo que ésa es la razón principal que fomenta una comprensión de ese tipo, y es la razón por la cual creo que el discurso de la Asamblea Constituyente tiene algo de lo cual hay que guardarse, que es precisamente esa implicación, que es el mismo tipo de implicación que yo veo detrás de otro lenguaje, otra manera de hablar de esto, que también se ha hecho común entre nosotros, o más o menos común, que es esta distinción ackermaniana entre momentos constitucionales y momentos de política normal. Los momentos constitucionales serían esos momentos de libertad, donde actúa o habla el pueblo, y claro, eso produce una devaluación inmediata de los momentos de política normal, porque los momentos de política normal entonces son los momentos en que los administradores, los gerentes, por así decirlo, del pueblo,



administran esperando a que el pueblo hable de nuevo.

Creo que eso es verdad y es importante. Entonces, la pregunta interesante es ¿qué consecuencias se siguen de esto? Lo que el profesor Alegre dice también es algo con lo cual yo estaría de acuerdo.

El punto no es que en su inicio la Constitución sea una Constitución que sea un ejercicio completo de libertad, sino que sea susceptible de ser descrita como nuestra. Y claro, para ser descrita como nuestra, precisamente no necesariamente es algo que pasa en ese momento. Es algo que se va desarrollando. Las constituciones tienen historia.

Por eso, no me convence mucho la distinción que trata de hacer el profesor Gargarella, porque el problema es que si uno mira para atrás, siempre hay alguien que está excluido. En Chile, hasta 1949, las mujeres estaban excluidas. Y a mí me parece un tanto brutal decir a las mujeres, por ejemplo, que la Constitución de 1925, sí tuvo una dimensión democrática, es verdad que no votaron las mujeres, pero eso no es una exclusión tan grave. Yo diría que es bastante grave; es históricamente comprensible dada la lógica anterior a 1949, pero el problema no es para entonces, es para ahora.

Las constituciones tienen historia, y de hecho lo que uno esperaría es que siempre que uno mirara para atrás viera que los ejercicios democráticos del pasado fueron insuficientes, precisamente. En Chile, las mujeres votaron en 1949, los mayores de 18 años, o sea de 21 a 18 años, eso fue 1970. Los analfabetos votaron en 1971. O sea, en Chile hubo sufragio universal solo para la elección de marzo de 1973, si por sufragio universal entendemos algo parecido a lo que hoy día llamaríamos sufragio universal.

Entonces, cómo incorporar en la reflexión esta dimensión histórica y qué nos dice a nosotros los chilenos de nuestra situación actual. Creo que para eso, de nuevo, es útil mirar la tradición constitucional chilena. Porque la Constitución anterior a la de 1980, la de 1925, no fue una Constitución que en cuanto al ejercicio de libertad de representados por el momento constituyente, haya sido significativamente distinta a la de 1980. El plebiscito no fue mucho más digno y también hubo una comisión convocada por el Presidente de la República, etcétera.

Sin embargo, yo diría que la Constitución de 1980 sí satisfacía el estándar, llamémoslo, el test Alegre. Es decir, fue una Constitución que fue progresivamente siendo apropiada, fue cada vez más posible reconocerla como nuestra, lo cual no quiere decir que no haya crítica a la Constitución ni deseos de cambiar partes importantes de ella. Todo eso es verdad. Pero eso es lo que no ha pasado con la Constitución de 1980. Entonces, cuando uno se encuentra con una diferencia de ese tipo, la diferencia debería llamar la atención del analista, debería decir oh, qué explica esta diferencia.

Lo que yo creo que la explica es que la Constitución de 1980, a diferencia de la Constitución de 1925, son las razones por las cuales esto es así y son interesantes de ser discutidas, pero yo por ahora lo tomo esto como un dato, como una observación.

La Constitución de 1980 fue la interpretación de la tradición constitucional chilena hecha por los vencedores de 1973. En cambio, la Constitución de 1925 no fue unilateralmente hecha por los vencedores militares en ese sentido. Entonces, por eso la finalidad de la Constitución de 1925 no era neutralizar la política, como sí lo fue la Constitución de 1980. La finalidad declarada de sus redactores fue hacer imposible que a través de la política se cambiaran los términos de un modelo determinado político y económico.

Entonces, para nosotros el problema es que esa declaración, esa neutralización de lo político, no es una pura declaración



de intenciones. En realidad, es al contrario, es una finalidad que fue declarada, pero que está escondida, no está declarada en el texto constitucional.

El texto constitucional dice “Chile es una República Democrática,... la soberanía reside esencialmente en la Nación y se ejerce por el pueblo a través de plebiscitos y elecciones”,... etcétera. Entonces, está alojada en los procedimientos. Los procedimientos son procedimientos neutralizados, y si el problema es la neutralización, entonces el ejercicio de procedimientos, de potestades configuradas en procedimientos neutralizados, no puede ser la solución.

Insisto: no lo estoy diciendo aquí y ahora, aunque yo tengo mi opinión, ¡no lo estoy diciendo aquí y ahora para abogar por nada! Estoy tratando de entender el problema y por qué en 1989 el problema constitucional no se solucionó y la Constitución no fue apropiada; que en el 2005 el problema constitucional no se solucionó y la Constitución no fue apropiada. Siempre estamos tratando de hacer algo que no se puede hacer, que es apropiarse de una Constitución a través de un mecanismo que tiene en su caracterización interna resguardos para impedir esa apropiación.

Entonces, la pregunta es ¿cómo se hace? Yo no tengo la respuesta y pudiera decir mire este es el mecanismo que yo propongo. Yo diría aquí dos cosas brevemente, para no extenderme más.

Yo he escuchado -y he escuchado mucho- me lo decía alguna vez Jorge Correa a la salida de un programa de televisión, pero si se han podido eliminar tantos enclaves autoritarios, que así se llamaron en su momento, ¿por qué no seguir intentándolo, porque ya quedan menos, y en algún momento lo lograremos?, y creo que es verdad eso. Ojo, creo que es verdad en el sentido siguiente: la idea democrática fue capaz de avanzar durante el Siglo XX derrotando enemigos mucho más formidables que los herederos chilenos de Pinochet. Eso es verdad. Entonces, si uno tiene la paciencia suficiente, y tanto que va el cántaro al agua, que al fin se rompe, probablemente lo logre.

El problema es que creo que uno no puede darse el lujo de decir bueno, nos tomó 15 años eliminar los Senadores designados; nos tomó 25 años eliminar el sistema binominal; nos tomará 10 años más corregir los problemas del sistema del Tribunal Constitucional y otros 10 años los mecanismos de aprobación de las leyes, y para palas, picos y azadones, otros 5 más, así que ya tenemos 50 años. Creo que esta discusión es una discusión a la cual uno no puede aproximarse sin algún sentido de urgencia. Y digo “algún” porque no quiero decir que esto mañana va a quedar resuelto, no. Pero se necesita algún sentido de urgencia. Las instituciones políticas son estables en la medida en que son, precisamente, experimentadas con todos los déficits propios del mundo real, pero que son, de alguna manera, experimentadas como suficientemente nuestras.

Creo que los chilenos, después del 2005, perdimos la inocencia constitucional. Y después de perder la inocencia constitucional, lo que se ha producido es progresiva deslegitimación de las instituciones constitucionales, porque la dimensión neutralizadora de la Constitución es cada vez más evidente.

¿Eso qué produce? Una institucionalidad deslegitimada, que es una institucionalidad que está en malas condiciones para resistir embates que vienen dados por, bueno, porque se derrumba el precio del cobre, en fin, por veinte mil cosas que pueden pasar.

Entonces, creo que esto tiene cierta urgencia, y por eso creo que uno debería ponerse en plan de buscar mecanismos para poder eliminar una neutralización que no sea, porque yo creo que eso es más bien fútil, decir bueno, sigamos por



enésima vez tratando de hacer lo que ya hemos hecho varias veces, lo que ya sabemos que no funciona, y pensar que esta vez, ahora sí que sí, va a funcionar.

DECANO DAVOR HARASIC Y. Profesor Gargarella, si les parece antes de abrir el debate al público, que empecemos a entretenernos un poco con una explicación del constitucionalismo radical, que pidió el profesor Pablo Ruiz-Tagle

PROFESOR ROBERTO GARGARELLA: Bueno, quería aclarar un poco lo que él me decía y un poco lo que comentaba también el profesor Fernando Atria. No sé de dónde saca que pudiera ser una defensa lo que era una crítica de un constitucionalismo como el de 1925.

Primero, todos nosotros necesitamos y usamos, lo digamos o no, lo pongamos sobre la mesa o no, ciertos criterios, ciertos parámetros con los cuales evaluamos procesos y evaluamos constituciones.

El tipo de parámetro que yo estoy usando lo quería poner sobre la mesa, que tienen que ver con sus componentes de procedimientos inclusivos, procedimientos debatidos colectivamente, y por eso es que uno puede ver, en ese rango, y lo hice explícito, experiencias más interesantes.

Por ejemplo, creo que el proceso de anulación de la ley de autoamnistía argentina fue un proceso bien interesante, inclusivo, deliberado, etcétera. No solamente porque me gustó, digamos, sino porque creo que tuvo esos componentes claramente. Y en cambio ese mismo parámetro nos ayuda a decir por qué una Constitución como la de 1925 tenía ese tipo de déficit. Entonces, estás poniendo como elogio lo que yo estaba presentando como déficit, y porque el constitucionalismo pinochetiano tiene el tipo de déficit que creo que son muy paralelos al déficit radical que tenía la ley de autoamnistía argentina.

Entonces, para mí es ese tipo de parámetros –en todo lo que me interesa hacer explícito– me da una herramienta para someter a crítica distintas constituciones y procesos constituyentes. Es una propuesta, pero en todo caso, ¿cuál es una propuesta diferente o mejor? ¡Y no puede ser simplemente la historia! La historia también la leemos de un cierto modo.

PROFESOR FERNANDO ATRIA: ¿Si me permite, solamente para aclarar?

Probablemente la manera en que lo dije induce a ese error. No, no estoy asumiendo que tú estabas defendiendo el constitucionalismo chileno de 1925. No. Quizás se mezclaron dos argumentos ahí.

El problema es si uno dice las decisiones que satisfacen esos criterios son decisiones que han de merecernos más respeto, uno puede decir como ciudadano yo estoy con ellas o les debo más lealtad a ellas y entonces quien se oponga a ellas se va a encontrar conmigo, de alguna manera, lo cual puede ser muy fuerte o muy débil, dependiendo de la posición en que uno esté. Pero si uno pretende que eso sea algo más que una autoidentificación ciudadana, tú te encuentras con el siguiente problema: la Constitución norteamericana fue dada por dueños de esclavos. Entonces, claro, cómo uno va a decir no, si está bien, pero era 1787 y en 1787 era normal tener esclavos, así que no es tan dramático que hayan tenido esclavos. Es una manera un poco brutal de decirlo.

Es lo mismo que yo quería decir respecto de las mujeres antes de 1949: claro, no es que en Chile no tener sufragio femenino en 1920 es en verdad distinto que no tener sufragio femenino en 2015, evidentemente. Pero uno no puede decir esas decisiones eran más inclusivas, aunque no tenían sufragio femenino.



La idea democrática necesariamente, en la medida en que avanza, te lleva a mirar los experimentos democráticos anteriores como deficitarios.

PROFESOR ROBERTO GARGARELLA: Está bien, pero por eso la necesidad de tener algún parámetro; por eso también uno puede pensar el constitucionalismo democrático no reducido a un momento, sino que verlo como un proceso que también ha incluido cantidad de enmiendas que implicaron que la ciudadanía, poco a poco, pudo ir apropiándose la Constitución, que fue lo que creo que le dio sentido a una Constitución que podía verse sino como ajena, que de hecho nació como ajena. En todo caso, para mí el debate pasa por los parámetros que tenemos, y creo que también lidiamos muy habitualmente con casos tan brutales que de algún modo facilitan esa evaluación. Creo que tenemos frente a nosotros casos muy gruesos, que de algún modo facilitan que podamos decir cosas al respecto, aun cuando sean muy dramáticos.

Bueno, doy algún paso atrás. En todo caso sobre el constitucionalismo radical, en realidad en el libro al menos pienso el constitucionalismo a partir de dos grandes principios que para mí han alimentado la historia del constitucionalismo en América Latina, y que en la fraseología contemporánea –no de la época, pero que tienen claras referencias en la época, en el Siglo XIX o independencia– tenían que ver con lo que hoy llamamos autonomía individual y autogobierno colectivo. La pelea por la autonomía individual, lo que llamamos hoy autonomía individual, se daba en mil sentidos en cuanto a cómo iba a ser la relación Iglesia-Estado; hasta dónde podía intervenir la Iglesia en la educación y las peleas por el autogobierno colectivo obviamente que estaba presente en la lucha por la independencia misma.

Creo que esos dos ideales recorrieron la historia latinoamericana y me parece que fueron retomados y deshonrados de distintas maneras por las distintas tradiciones que recorrieron nuestra historia. Entonces, un poco el racconto que hago en el libro es cómo esos ideales fueron tomados y de algún modo honrados y degradados a lo largo de doscientos años. Por tanto, yo me pronuncio por un tipo de constitucionalismo que tienda a honrar a ambos ideales al mismo tiempo.

Creo que hay lo que llamaría un casillero vacío en el constitucionalismo latinoamericano, tal vez porque sea muy difícil llevar adelante esa empresa de defender al mismo tiempo esos ideales, o por qué digamos no concibamos buenas formas institucionales para hacerlo.

Muy rápidamente, yo creo que el pensamiento conservador ha sido muy fuerte en América Latina, de algún modo ha desafiado esos dos ideales en su elitismo político y en su perfeccionismo moral, creo que ha degradado a esos dos ideales del autogobierno colectivo y la autonomía individual.

Creo que el liberalismo, seguramente por una sobre defensa históricamente justificada, o por lo menos que lo hace muy comprensible, del ideal de la autonomía individual aceptó el sacrificio del valor del autogobierno colectivo, y las tradiciones radicales que mencionaba el profesor Ruiz-Tagle creo que hicieron el ejercicio inverso, que por un sobre énfasis en el autogobierno colectivo dejaron de lado, o se animaron a dejar de lado, o estuvieron dispuestos a sacrificar el valor de la autonomía individual.

Entonces, la pregunta que recorre el libro es si es posible ubicar la defensa de esas dos casillas a la vez, si es posible un constitucionalismo que al mismo tiempo defienda la autonomía personal y el autogobierno colectivo. Yo creo que el tipo de proyectos que hoy conocemos en América Latina, es muy deficitario en ambos términos. En particular, me parece



que todos vivimos un cierto tipo de secuestro de la política por la clase dirigente, y sentimos esa como decepción por lo que vemos como alienación política, como pérdida de control sobre nuestros propios asuntos. Me parece que eso es un elemento que tiene que ver con mil cosas, que tiene que ver con desigualdades, que tiene que ver con cuestiones económicas, pero también tiene que ver con el constitucionalismo.

Me parece que el constitucionalismo viene estando comprometido por formas que tensionan, que dificultan, más que posibilitan la toma de control colectivo de los propios asuntos. Digo esto otra vez, no desde la idea de La Bastilla, sino desde la idea del debate democrático, desde la idea de poder verme de algún modo no trivial reflejado en las normas que rigen mi vida.

Entonces, en ese sentido creo que el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo, aún el que vocifera radicalismo, aún es un constitucionalismo muy poco atractivo en estos términos, de reafirmar antes que remediar ese déficit, esa alienación política que todos vivimos. Iría por ahí en esos términos abstractos.

¿Qué es lo que eso implica? En todo caso como nota al pie, no digo el obrero, no. Lo que decía es la incorporación de los derechos sociales en un momento por el constitucionalismo latinoamericano, fue dándole cabida a la clase trabajadora, y en todo caso mi reproche sobre eso, más que mi entusiasmo, es porque a los grupos más desventajados siempre se los dejó con enormes dificultades para la intervención política, para ganar protagonismo político. Y eso fue limitado de mil modos. En su momento, con restricciones a los derechos políticos. En su momento con restricciones a los derechos sindicales. En su momento, con límites a la participación política.

Sobre eso, también una segunda nota al pie de página. Creo que lo de Ackerman -que nunca fue un constitucionalismo que me excitara particularmente- creo que tiene sentido, porque no es una propuesta, es una descripción, una descripción de la realidad. Y hay momentos en que podemos reconocer cómo “la ciudadanía” se pone de pie, y a eso hay que saber darle algún sentido especial; es lo mismo que le ha dado fuerza en su momento a la Constitución, que es que se convocó un plebiscito en todos lados. Entonces, hay algo ahí. Lo que el Derecho tiene que saber es darle registro: ha pasado algo especial. No es lo mismo que todos los días. Eso no quiere decir, ah, bueno, desde ahora ponemos en marcha un tren en búsqueda del gran momento constitucional. No. Es registrar eso.

Yo tengo críticas con Ackerman por cómo él concibe ese proyecto. Pero en cuanto a la descripción me parece que es apropiada, y ese tipo de cosas pasan. En todo caso, yo diría que pasan cosas de distintos niveles, y ojalá tengamos posibilidades de discriminar estos momentos normales, momentos excepcionales, y saber decir aquí pasa algo especial, qué hacemos con esto, porque puede merecer un resguardo especial. Yo creo que es lo que da razones para resguardar especialmente a la Constitución. Esa es la intuición ackermaniana.

DECANO DAVOR HARASIC Y.: Profesor Ruiz-Tagle.

PROFESOR PABLO RUIZ-TAGLE V.: Lo que ha explicado el profesor Marcelo Alegre sobre el énfasis en las cuestiones comunes que tenemos en Latinoamérica me parece muy relevante. Yo creo que quizás, aunque no haya un movimiento fuerte por el federalismo, sí hay una crítica muy fuerte al centralismo en Chile y una necesidad de la descentralización.

Creo que en esas materias la posición de los partidos y grupos de la derecha también han planteado una necesidad de modificar la estructura del poder orgánico. Por supuesto que el avance en relación a los derechos fundamentales en el



sistema interamericano –sé que el profesor Alegre tiene gran afinidad con lo que voy a plantear, en particular con la protección de los derechos económicos y sociales como una necesidad de un continente que es desigual– los derechos económicos, sociales y culturales adquieren una relevancia adicional, digámoslo así, y ése es en parte el proyecto. O sea, cuando se habla de un estado social y democrático de Derecho, se habla de derechos sociales, derechos económicos y sociales, derechos culturales y de una democratización del poder, de lo que Roberto Gargarella llama la Sala de Máquinas de la estructura del Gobierno.

Ahora, a mí me resulta contradictorio escuchar por una parte que se critica la idea de Ackerman de los momentos constitucionales como algo especial, y al mismo tiempo se termina la intervención diciendo “no podemos seguir haciendo lo mismo, porque si hacemos lo mismo, entonces no vamos a tener una Constitución democrática”. Ahí hay algo que no entiendo. Hay un discurso que es circular y que yo no logro captar cuál es el sentido. ¿Creemos que el discurso constitucional es algo especial, que genera condiciones de una política especial, como describe correctamente Ackerman, o no lo creemos?

Ahora, el discurso constitucional, el constitucionalismo no existe desde siempre. El constitucionalismo es un fenómeno del Siglo XVIII, fundamentalmente, y que ha ido desarrollándose por la vía del ensayo y el error. Por eso la justicia constitucional, por ejemplo, que era algo que no existía en muchos países hasta la segunda mitad del Siglo XX, es hoy una institución que forma parte del discurso constitucional más aceptado. Y los que discuten sobre la lógica de la justicia constitucional, plantean un discurso más bien arcaico, que tiene una reminiscencia académica, pero la realidad es que todos los países de Europa, incluso los de Europa del Este, cuando volvieron a la democracia instalaron tribunales constitucionales y perfeccionaron su sistema de justicia constitucional. Y podríamos decir, con el ejemplo que dije antes, que quizás una institución nueva que habría que pensar en Chile, es la del ombudsman, que habría que instalarla en Chile, y eso ciertamente no significa hacer lo mismo.

Es decir, estamos llevando a cabo reformas por ensayo y error, con respeto por el Derecho, y eso ciertamente no significa hacer lo mismo. Entonces, una frase, un eslogan para tener una Constitución con la que nos sintamos cómodos, no podemos hacer lo mismo que hemos estado haciendo antes, yo creo que pierde sentido.

Tenemos que innovar, innovar en forma profunda, y eso es la idea de situarnos en un momento constitucional especial, en el cual fundamentalmente el poder está radicado en el Parlamento y en la Presidencia de la República, que tiene la iniciativa en Chile, al menos en esta materia. Habrá organismos de control, habrá un poder ciudadano y habrá también grupos que tienen lo que podríamos llamar “un poder destituyente”. Es decir, quieren desarmar el sistema; pasarnos de una democracia constitucional a otro sistema. Pero en la lógica de la democracia constitucional, tenemos que aceptar estas reglas del juego, y en ningún caso –¡en ningún caso!– creo que podamos decir que significa hacer lo mismo para no hacer nada.

Yo no creo que la Constitución que tenemos sea la Constitución de Pinochet. La Constitución que tenemos es la de marzo de 1990, que fue plebiscitada, que tuvo 54 reformas, y que desde 1990 hasta ahora tiene más de ciento y tantas reformas. Es la Constitución más reformada en la historia de Chile. Entonces, no sigamos diciendo que la Constitución que tenemos es un bando o es un decreto militar. ¡Eso es falso! Tenemos una Constitución que la hemos ido reformando y que tiene muchos defectos.



El profesor Marcelo Alegre se refería a la Constitución española. La Constitución española que se hizo sobre la base de las leyes de reforma política franquista, requirió de mil reformas a los textos de las instituciones franquistas. Entonces, quizás estamos al debe, estamos en 10% de todas las reformas que necesitamos. Pero no digamos que esta es la Constitución de los bandos de Pinochet, porque no es así.

Finalmente, yo digo el Gobierno actualmente tiene un 20% de apoyo, y todos se preguntarán bueno, entonces cómo se puede hacer una reforma constitucional con las mayorías. La respuesta es bien clara: una Constitución requiere de un acuerdo con los partidos de la oposición, y en este caso en Chile, con los partidos de derecha, con las fuerzas sociales y los partidos de derecha. Ojalá que la Presidenta, en septiembre, cuando inicie el proceso constituyente, pueda tener una comunicación muy directa con las fuerzas, con los centros de estudios de la derecha, para hacer esa gran reforma constitucional.

El profesor Alegre contó la experiencia de la Constitución con la que Menem se quería reelegir. Bueno, aquí hay que hacer un esfuerzo adicional, y por supuesto de parte de la derecha que exista grandeza e inteligencia para entender que esto nos conviene a todos. Pero no se hace una Constitución a la medida.

La Asamblea Constituyente no es para nombrar a los amigos, para que escriban lo que uno quiere en un gabinete en su casa o en una iluminación mística, sino que se hace en una conversación ciudadana amplia, y creo que eso es lo que se está dando en Chile ahora, y yo estoy muy contento por la forma en que evoluciona este procedimiento.

DECANO DAVOR HARASIC Y.: Perdón, profesor Alegre, sin perjuicio de que te hagas cargo de cualquiera de las afirmaciones que hemos escuchado recién, tú hablabas de una consulta popular como indispensable, ya sea al inicio o al término. ¿Cómo es válida una consulta popular sin una etapa previa en que más del 73%, según las encuestas últimas, de la ciudadanía no sabe siquiera lo que es una constitución? ¿Entonces, cómo evitar que esa consulta popular se convierta en un simple artificio?

PROFESOR MARCELO ALEGRE: Gracias por la pregunta.

No elegí las palabras exactas. El pueblo debe ser consultado, eso es lo que dije yo. Tiene que haber una elección para reformar la Constitución, ya sea una elección de los miembros de la Asamblea Constituyente, o un referéndum posterior para aceptarlo. Me parece a mí que es un mínimo requisito demoliberal para una reforma constitucional. Pero estoy abierto u quizás estoy equivocado.

Efectivamente, tal como está trabada la Litis, como diríamos los abogados, creo que ésta es una cuestión terriblemente abstracta. Estamos discutiendo en un plano muy abstracto, muy propio de constitucionalistas.

El profesor Fernando Atria me decía que las discusiones que los constitucionalistas tienen en el aula, ahora se escuchan y ven en la televisión. A mí no me preocupan las discusiones abstractas. Enseño Filosofía del Derecho, podría estar hasta las diez de la noche hablando sobre el poder constituyente derivado, original, etcétera.

Creo que lo que el señor Decano dice es el punto neurálgico. Para que haya una reforma de la Constitución con fuerza, con sentido, la sociedad tiene que reclamarla. Y la sociedad no va a reclamar, a mí me parece, una reforma a la Constitución, sobre la base de argumentos procedimentales, sobre la base de que ésta es una Constitución que es enclave autoritario. Digamos todos los argumentos que en cambio a las personas de Derecho nos parecen decisivos. Si dependiera de mí,



esos argumentos son decisivos para decir sí, reformemos la Constitución.

Creo que la sociedad se moviliza por propuestas más concretas. Entonces, lo que falta es vincular la reforma de la Constitución con la mejora de la calidad de vida de los chilenos a partir de esa reforma.

Creo que todos estamos de acuerdo en que un problema es la desigualdad, es un problema en toda América Latina. Entonces, creo que hay que movilizar a favor de la reforma, hablando de los derechos; el derecho a la educación como la gran herramienta para terminar con la desigualdad; el acceso a la educación para todos, desde el jardín de infantes hasta el doctorado; el derecho a la ciudad; el derecho a vivir en ciudades pensadas para todos, en donde no haya castas de personas que tienen que viajar dos horas para trabajar o para hacer una petición al Gobierno; el derecho a la salud; el acceso como un derecho a un ingreso básico para todos. Bueno, éstas evidentemente son propuestas del centro a la izquierda, y la derecha tendrá las suyas.

Pero me parece que para que haya una demanda social por la reforma, se necesita algo más que un argumento constitucional. Se necesita vincular la reforma con reformas concretas que van a mejorar la vida de todos. Por lo menos ésa es mi humilde experiencia con las reformas constitucionales que uno conoce.

Es decir, no nacen de un argumento constitucional o jurídico. Eso es importante, porque lo queremos hacer dentro del Derecho. Pero los constitucionalistas no lideran los cambios sociales; los lideran los políticos con propuestas más concretas, menos abstractas.

Yo simpatizo con la idea de la reforma y si tuviera que hacer una humilde sugerencia, sería entrarle por el lado de presentarla vinculada con propuestas más concretas, que a partir de una reforma a la Constitución mejoren la vida a todos, y no ceñirme tanto al argumento jurídico que es para unos pocos.

DECANO DAVOR HARASIC Y.: Profesor Atria, y luego abrimos el debate.

PROFESOR FERNANDO ATRIA.: Yo creo que es verdad que para que haya una nueva Constitución la sociedad debe reclamarla. También creo que es verdad que es poco probable que la sociedad reclame la abolición de la categoría de las leyes orgánicas constitucionales y las condiciones de titularidad activa para el Tribunal Constitucional.

¿Quiere decir eso que esas dos cuestiones no son las cuestiones importantes? No, no quiere decir nada respecto de eso. Simplemente quiere decir que el lenguaje de la política y el lenguaje del Derecho son dos lenguajes distintos. Yo pensaría que una discusión como ésta, de lo que se trata es de hacer esa conexión, porque desde el punto de vista de acá, o sea desde el punto de vista del Derecho, por así decirlo, o de la teoría constitucional, una de las contribuciones que uno puede hacer es precisamente conectar esas cosas que aparecen como explicación del déficit de legitimación que las instituciones tienen, etcétera, conectándola con sus explicaciones estructurales. Este es un modo de pensar el Derecho, que yo creo que es cada día más escaso, que es pensar el Derecho institucionalmente, no pensarlo en términos de derechos subjetivos.

El ejemplo que yo pondría es si uno va hace una encuesta y pregunta ¿cree usted que el problema central es la neutralización de la política? Probablemente el encuestado va a tener problemas incluso en entender lo que significa la pregunta. ¿Quiere decir que la neutralización no es el problema? Por supuesto que no.



Claro, esa neutralización, desde el punto de vista del encuestado, si uno quiere mirar a las encuestas, que yo no creo que sea la mejor manera de saber lo que el pueblo quiere, pero en fin, uno ara con los bueyes que hay.

¿Cómo aparece la neutralización desde el punto de vista del encuestado? Yo diría, por ejemplo, que aparece como experiencia de abuso. Si el poder político está neutralizado, una de las cosas que el poder político no va a poder hacer o se va a ver limitado de hacer, es proteger de los poderes fácticos importantes a quienes no tienen poderes fácticos importantes. Entonces, la legislación de protección al consumidor va a ser débil; la legislación laboral va a ser débil, etcétera. Todas esas cosas van a ser débiles, y entonces la experiencia normal de quien no tiene poder va a ser abuso.

Ahora, el abuso ese sí es un problema político relevante, que incluso llega hasta aparecer en las encuestas, no la neutralización. Pero yo diría que uno no puede entender uno sin el otro. Esa es la primera cosa que yo querría decir.

Y la segunda es que doy disculpas a nuestros colegas argentinos por estas conversaciones que son como por debajo de la mesa. El profesor Ruiz-Tagle se refiere a lo que yo digo, pero nunca dice que se refiere a lo que yo digo. Entonces, habla en pasivo, no en activo. No dice que el profesor Atria termina la exposición diciendo, sino dice “se termina la exposición”, “se afirma que”, “se dice que”, entonces yo propongo que cambiemos la voz pasiva por la voz activa.

También sugeriría que uno eliminara calificativos que yo no entiendo cuál es la lógica, que es lo místico, iluminista, espiritual, atajo, eslogan. Todas esas son cosas que yo estoy acostumbrado a escuchar cuando discuto con Diputados, Senadores o en foro público más, por así decirlo, político. Pero uno esperaría que aquí lo que hubiera fueran argumentos.

Entonces, para salir de la voz pasiva y pasar a la voz activa, quiero referirme a una cosa que el profesor Ruiz-Tagle dijo, que no sólo se dijo, sino que la dijo él. Y que creo que es correcta, y que debería hacernos pensar, entonces.

Él dijo no hay ninguna constitución que haya sido más reformada que la Constitución de 1980. Y claro, eso es verdad. Y creo que es bien importante hacerlo notar: “es verdad”, por lo menos el texto constitucional. Otra cosa es que la Constitución haya sido reformada.

Yo no he hecho la investigación, de hecho no sé cómo se haría, pero sería bello hacerla si se pudiera hacer, pero debe ser el texto legal más modificado de la historia de Chile, y si no, debe estar por allá arriba en el top ten o algo así. Y eso es verdad.

Entonces, la pregunta interesante es cómo es que, a pesar de todas esas modificaciones, la Constitución sigue siendo un problema. Es decir, ¿cómo es que no se ha solucionado el problema constitucional? Cómo es que no hemos llegado al punto en que podamos decir mire, si la Constitución por supuesto que no es perfecta, pero estamos todos de acuerdo en que, bueno, dentro de lo aceptable es una Constitución que regula las instituciones políticas fundamentales de un modo razonable, y todavía yo tengo mis opiniones sobre cómo reformarla o no. No, por qué todavía estamos trancados en un paso anterior, de que esta Constitución, para una buena parte es una Constitución que no es, o sea, que ni siquiera califica. Ésa es la pregunta interesante.

Mi explicación fluye de lo que yo ya he dicho antes, así que en algún sentido estoy repitiéndome. Todas esas reformas se hicieron siguiendo escrupulosamente los procedimientos de reformas del propio texto constitucional. Y los procedimientos de reforma de un texto constitucional están diseñados para que sea posible cambiar muchas cosas. Pero no la decisión fundamental en que la Constitución consiste. La decisión fundamental de la Constitución de 1980 es una



decisión de neutralización. A través de los procedimientos de reforma se pueden cambiar muchas cosas. ¡Se han cambiado muchas cosas! Pero hay una cosa que no se puede cambiar, porque para eso existen los procedimientos de reforma.

Por eso hay una regulación constitucional de la reforma constitucional, para que se pueda cambiar todas las veces que uno quiera. ¿Cuántos años de título de abogado se requieren para ser fiscal regional? Hoy día el texto constitucional dice cinco años; mañana una reforma constitucional podría decir seis, después siete, después tres, después uno, después nada; después no se puede ser fiscal regional; después derogase el cargo de fiscal. Todo eso se puede hacer, porque nada de eso importa. Ojo, por supuesto que importa para el funcionamiento del sistema procesal, pero nada de eso importa desde el punto de vista de la decisión fundamental sobre la forma neutralizada que tiene el poder político en Chile bajo el Decreto Ley 34, 64, y sus reformas.

Entonces, el hecho de que la Constitución o el texto constitucional haya sido innumerables veces reformado, para una reflexión constitucional que ve lo que ocurre, debería mostrar precisamente el punto.

No es casual que haya procedimientos reglados de reforma. Esos procedimientos reglados de reforma existen para hacer posibles algunas reformas y hacer no posibles otras. Esa posibilidad o imposibilidad no es teórica o conceptual. No hay ninguna razón teórica o conceptual por la cual sea físicamente imposible o lógicamente imposible que se reforme el Artículo Cuarto del texto constitucional, que dice “Chile es una República Democrática” y se reemplace por uno que diga “Chile es una Monarquía Hereditaria” o “Chile es una República Soviética”. Todo lo que se necesita para hacer eso son dos tercios de los Senadores y Diputados en ejercicio. No hay nada conceptualmente imposible en que haya dos tercios de los Senadores y Diputados en ejercicio disponibles para transformar a Chile en una república soviética o en una monarquía hereditaria. Es sólo políticamente imposible. El sentido de la reforma es hacer ¡esas reformas! políticamente imposibles, y por eso se reforma y se reforma, y se reforma y se reforma el texto, y el problema central sigue siendo el mismo.

DECANO DAVOR HARASIC Y.: Muchas gracias, profesor Atria.

Abrimos el debate, por favor pidan la palabra. Se les va a pasar el micrófono. Individualizarse y a quién le hacen la pregunta.

Primera pregunta

PROFESOR MARTÍN FARRELL: Quiero objetar el marco en el cual se desarrolló el debate a partir de la primera pregunta del Decano, pues quiero disentir de la primera pregunta del Decano, y ninguno de los participantes la ha cuestionado explícitamente.

El Decano preguntó ¿cómo se puede hacer para reformar la Constitución legítimamente, de modo que sea obedecida? A mí me parece que la cuestión es al revés. No es que la Constitución sea obedecida porque es legítima. Es legítima porque es obedecida. Ojalá sea obedecida porque su contenido es liberal y democrático. Ojalá sea obedecida porque surgió de un consenso previo. Ojalá sea obedecida porque hubo una consulta posterior, lo que sea. Pero no es legítima porque el contenido de la Constitución responda a un parámetro determinado.

La legitimidad proviene de la obediencia. Y este es un punto en el cual han estado de acuerdo autores tan disímiles como Hans Kelsen y Carl Schmitt.



PROFESOR PABLO RUIZ-TAGLE V.: El profesor Farrell ha replanteado la cuestión. Volvemos a cero, profesor.

Aunque Schmitt y Kelsen estén de acuerdo que a partir de la obediencia surge la legitimidad, hay autores que no están de acuerdo con esa idea de legitimidad. Entre otros, me parece, nuestro querido Ernesto Garzón Valdés. Yo pienso que la concepción que tiene Ernesto Garzón Valdés sobre la legitimidad, como un vínculo moral, un asentimiento moral, es lo que necesitamos en la Constitución chilena. ¡No basta con que sea obedecida, y la Constitución chilena es obedecida! No basta con que la fuerza la respalde, sino que necesitamos que nuestras convicciones morales se vean reflejadas en la Constitución y así sintamos que es nuestra Constitución.

Y yo creo que hay una distinción. Es bien raro -estoy seguro que con el ingenio de Martín Farrell lo ha descubierto- que ésta quizás es la única materia en la que Kelsen y Schmitt estuvieron de acuerdo, pero, a mi juicio, estaban los dos equivocados en esta cuestión.

Ahora, refiriéndome, si se me permite, a lo que ha expresado el profesor Fernando, la verdad es que yo encuentro ejemplos en que la ciudadanía ha querido derogar leyes orgánicas.

Todos recordarán lo que fue el debate educacional en contra de la LOCE. O sea, el ejemplo del profesor Atria no es muy bueno. También encuentros ejemplos en que la ciudadanía ha discutido acerca de la titularidad y las cuestiones procesales del Tribunal Constitucional. Y el que tenga dudas sobre esto que recuerde lo que fueron las manifestaciones en el Tribunal Constitucional una vez que salió la sentencia sobre la píldora.

Entonces, el pensar que la distinción entre el Derecho y la política significa que no tienen ninguna vinculación entre sí, me parece que es una tesis equivocada.

¿Por qué yo he mencionado algunas ideas del profesor Atria en voz pasiva? Porque tengo que confesar que muchas veces, cuando critico una de sus ideas y le hago una aseveración directa, él cambia después su respuesta y no mantiene la tesis que ha planteado originalmente. O no es enteramente claro, como la observación que yo hice sobre su crítica a la distinción entre el momento constitucional como un momento de política normal o anormal. Él no se pronuncia sobre esto.

Entonces, yo creo que fuera de victimizarse, profesor Atria, lo que hay que hacer es hacerse cargo de las críticas que se te hacen, y por eso yo hablo muchas veces de que hay un pensamiento un tanto místico, un tanto, en fin, autorreferente, que no se hace cargo de las observaciones que se hacen a tus ideas. Todos podemos cometer errores, y el diálogo académico exige esa forma de conversación.

Yo pienso, además, que esta idea de que las reformas que hemos hecho han sido tantas y eso nos debería hacer pensar que tenemos que entrar en un estado místico o constitucional especial, me parece un error. Yo dije que en España se hicieron mil cambios, y nosotros tenemos ciento y tantos cambios.

PÚBLICO: Son más de trescientos.

PROFESOR PABLO RUIZ-TAGLE V.: Son más de trescientos, si se cuentan artículo por artículo. Bueno, nos faltan 700 todavía. Pero no es un número infinito, en términos de que no podamos acercarnos a ella.

Y lo que sí yo creo es que tenemos que seguir en el camino del constitucionalismo, en el camino del Derecho, en el



camino del respeto y del diálogo de las mayorías y de las minorías.

PROFESOR ROBERTO GARGARELLA: Profesor, una curiosidad sobre el tema, porque me parece que tú dices, bueno, tenemos una nueva Constitución, pero a ver, todo el lenguaje con el que hablan, con el que han hablado, es un lenguaje que tiene que ver con el miedo a salirse del Derecho y la pesadilla o el pánico que les puede traer la experiencia de Allende buscando atajos. Pero en ese sentido es muy importante aclarar “atajos frente a qué”, porque a mí me interesó desde mi lugar como extranjero enfatizar lo que yo veía o lo que veo como problemático en términos de un Derecho que proviene de la dictadura y que es muy limitativo en algunas cuestiones muy centrales.

Si uno elimina algo muy central, el hecho de que haya habido muchas reformas, no niega aquello que es en cuestiones muy esenciales, que tienen que ver con cómo vamos a regir o cómo van a regir los asuntos básicos de nuestra vida en común, está la política amañada por un amañamiento, por un nudo que no se ha hecho democráticamente.

Por eso, para mí, democráticamente, en términos que serán siempre más o menos perfectos, podemos establecer muchos límites a lo que vamos a hacer. Ahora, cuando el nudo no lo hemos establecido democráticamente, allí hay un problema.

Entonces, disolver la cuestión diciendo, bueno, esto ya es una cuestión, una Constitución democrática, pone entre paréntesis o no hace visible aquello, y es un posible, y ahí también hay que hacerse cargo de cómo miramos ese nudo que establece limitaciones que son muy centrales para la vida cotidiana.

Entonces, en eso yo te haría la pregunta, ¿cómo pensar eso? Y lo digo muy en particular como también bajo la preocupación de ver que permanentemente está la idea de que no queremos correr del Derecho; no queremos salirnos del Derecho, pero siendo un Derecho que no ha sido democráticamente anudado.

PROFESOR PABLO RUIZ-TAGLE V.:

No sé si estoy más cómodo, pero sí hay más energía.

Yo diría que hay cosas que no podemos hacer, y se han planteado. ¡Se han planteado! Aquí se planteó hacer una convocatoria a los concejales –el profesor Atria lo planteó– ¡a los concejales! para que de los concejales surgiera una especie de Asamblea Constituyente.

PROFESOR ROBERTO GARGARELLA: Está bien, pero cómo lidiar con eso.

PROFESOR PABLO RUIZ-TAGLE V.: No, no. ¡Es que yo estoy diciendo las cosas que no debemos hacer!

Aquí se ha planteado hacer una reforma constitucional para llamar a un plebiscito para elegir una Asamblea Constituyente. ¡Eso va contra la doctrina constitucional! ¡Eso es bonapartismo constitucional!

Entonces, yo creo que podemos reconocer procedimientos que saliéndose del statu quo, son equivocados por razones constitucionales.

PROFESOR ROBERTO GARGARELLA.: Pero si está diciendo que es un statu quo salvajemente anudado. O sea, cómo sales de eso. Obviamente es una dificultad, pero uno puede decir, bueno, fulmina cualquier alternativa. Pero bueno, te quedas con un anudamiento que es un anudamiento autoritario, y que te dificulta gravemente la organización democrática.



PROFESOR PABLO RUIZ-TAGLE V.: ¿Pero a qué anudamiento te estás refiriendo?

PROFESOR ROBERTO GARGARELLA: A los dos tercios, por ejemplo.

PROFESOR PABLO RUIZ-TAGLE V.: Pero si los dos tercios no son un anudamiento autoritario por definición. ¿Por qué quórum se reforma la Constitución norteamericana?

PROFESOR ROBERTO GARGARELLA: No importa. Esas son cláusulas de reforma sobre las cuales han perdido una fuerte libertad. Entonces, democráticamente puede decir tres tercios menos una persona. Pueden decirlo democráticamente. Pero cuando eso no ha sido establecido democráticamente, eso genera un problema. Si te limita y lo ves como una limitación, más todavía; si lo viven y el lenguaje con el que hablan, muestra esa limitación, muestra la presencia de esa limitación, entonces es un problema.

PROFESOR PABLO RUIZ-TAGLE V.: Yo diría, Profesor Gargarella, que quizás tenemos un concepto distinto de la democracia; no había reparado en esto.

Yo pienso que la democracia es el Gobierno de la mayoría, que respeta –respeta– los derechos y promueve la inclusión política de las minorías. O sea, no es sólo una limitación al voto de mayoría lo que podemos reconocer.

Entonces, cuando tú reconoces que el respeto de los derechos y la inclusión de la minoría es parte del concepto de democracia, algunas de estas instituciones responden a esa lógica contramayoritaria, y habrá que discutir las uno a uno.

Pero sí creo que los atajos –cuando hablamos de atajos, para ser bien claros– una Asamblea Constituyente de concejales, un decretazo, hacer una Constitución por decreto, es otro atajo. Otro atajo. O sea, la lista de atajos...

PROFESOR ROBERTO GARGARELLA: Está bien. Pero consagras el statu quo, que es un statu quo problemático en términos democráticos.

PROFESOR PABLO RUIZ-TAGLE V.: Bueno, es la democracia constitucional que los chilenos tenemos hasta ahora. Es defectuosa, pero no está fundada en un decretazo, a la Schmitt.

PROFESOR ROBERTO GARGARELLA: Lo último. Pero me interesaba dar el ejemplo argentino otra vez, sin tener razones de enorgullecerme del Derecho argentino, porque me parece que es un modo de lidiar frente a una angustia jurídica brutal, que te limita dramáticamente para el futuro.

Bueno, qué hacemos con eso. Entonces, enfrentas eso democráticamente, porque quiere sacarte de encima eso, no por hacer trampa, no por hacer un atajo, sino porque ésa es una limitación que te afecta la vida futura y que no ha sido establecida de ningún modo, en ningún sentido, colectivamente.

Entonces, no es un atajo hacer una trampa. Lo que te está trampeando el Derecho, es lo que existe. Entonces, ¿cómo salgo de eso? ¿Cómo salgo de ese atolladero? Es difícil, pero no hacer nada, o simplemente rechazar las alternativas es dar una respuesta también respecto de qué hacemos con ese nudo. ¿Lo mantenemos si es un nudo que no hemos fijado colectivamente?



Segunda pregunta

ALFONSO DE URRESTI (Senador): Me interpretan las últimas palabras del profesor Gargarella, a propósito de hacerse cargo.

Y al profesor Ruiz-Tagle, cuando hay algo que huele a queso, tiene color a queso y sabe a queso, es queso.

El profesor Ruiz-Tagle hace una referencia aquí a la Constitución del 80, la sitúa como la Constitución del 90, me parece realmente increíble, por no decir inadmisible, una situación de esa naturaleza.

Ésta es la Constitución de la dictadura; es la Constitución impuesta el año 80, y no podemos nosotros esperar las 700 reformas para avanzar a un cierto consenso o a un perfeccionamiento de estándares democráticos. Realmente me sorprende tu opinión. Eso es un atajo. Ese atajo lo hicieron, como bien señalaba el profesor Atria, quienes triunfaron el 73, quienes impusieron ideológicamente en esa Constitución, no sólo una mayoría circunstancial, sino una visión ideológica que hoy día con atajo o sin atajo es necesario cambiar.

Entonces, cuando tú haces esta referencia de que ya es la Constitución del 90, veo un cierto relativismo en la opinión constitucional que tú planteas, permíteme decirlo así. No es bonapartismo esto, sino es simplemente romper cerrojos que el proceso constitucional tiene que hacerlo. Y dentro de los bonapartistas, quiero señalar profesor que hay al menos 54 Diputados que han firmado ese bonapartismo. No creo el opio esté tan distribuido en el Parlamento como para que haya llegado a esa cifra. Y si lo ves en las distintas Cámaras, es un número creciente.

Entonces, me cuesta entender, no había escuchado en esta aula que tuve la oportunidad de visitar el año 92 por última vez, cuando el profesor Harasic me tomó mi examen de grado, una situación tan insólita que a la Constitución les restábamos diez años y la situábamos el año 90. Eso, al menos a mí, me sorprende y perdóname decirlo también me agrade un poco democráticamente.

PROFESOR FERNANDO ATRIA: Debo decir que algunas de las cosas que había dicho en voz pasiva el profesor Ruiz-Tagle no las respondí porque no sabía que eran para mí, porque estaban en pasivo, precisamente.

Ahora los pone en activo y dice, me pregunta por qué las reformas que han sido tantas en estos años, el hecho de que hayan sido tantas las reformas debería hacernos entrar en un estado místico especial, y como yo no he dicho eso, no tengo cómo responderlo.

Así que no tengo mucho qué decir, salvo algo que tiene que ver con lo que decía el Senador. Decir que la Constitución bajo la cual vivimos es la Constitución de 1980, que se funda en el poder constituyente del pueblo manifestado en el plebiscito de 1988 y después en el plebiscito de julio de 1989, bueno, si uno lo significa así como de esas típicas declaraciones de la doctrina constitucional, que no significan nada, que se dicen sólo por decir, entonces no hay ningún problema.

Si uno no entiende lo que significa, es lo mismo que decir que los senadores designados, el sistema binominal y otras linduras de ese tipo se fundan desde 1989 en el poder constituyente del pueblo. Es decir, son instituciones que el pueblo hizo suyas en 1989, al votar más o menos entre la espada y la pared un conjunto de reformas para hacer posible la transición pacífica, con todos los déficits que hoy día vemos, etcétera. Creo que eso no tiene ningún sentido. Prefiero decir es la Constitución es la 1980, no en un sentido puramente declamativo, en el sentido de que la decisión fundamental sigue



siendo la decisión neutralizadora de 1980.

Claro, desde el punto de vista de los redactores de la Constitución de 1980, como Jaime Guzmán y otros, nada habría sido mejor que decir pongámosle algún plebiscito en 1989, en que se modifiquen solamente las cosas que nosotros aceptamos que se modifiquen, y entonces después de eso, de ahí para adelante pasamos piola. O sea, a mí me parece insólito pensar que alguien hubiera alguna vez pensado que esa estrategia podía resultar. Pero la doctrina constitucional chilena no deja de sorprendernos.

Una cosa más. Primero, hay una serie de calificativos que el profesor Ruiz-Tagle hace, que yo creo que son completamente injustificados, que no se descansan en ningún argumento y que entonces tampoco voy a responder, como hacer una Constitución por decretazo, o esto de los atajos, todo eso es de nuevo el discurso que yo esperaría escuchar de Hernán Larraín en un foro parlamentario, en una discusión de política, pero yo habría esperado que este foro iba a ser distinto. Es tan evidente esto que sin tener mayor conocimiento de las discusiones que ha habido precisas, más que su conocimiento del constitucionalismo latinoamericano, el profesor Gargarella encontró rápidamente el punto al cual el profesor Ruiz-Tagle estaba atacando.

Una afirmación final que yo no creo que se pueda dejar pasar. Decir que el Golpe de Estado ocurrió en Chile porque el Gobierno de Allende buscaba atajos institucionales, me parece enteramente inaceptable. El Golpe de Estado ocurrió porque la derecha llamó a los militares a bombardear el Palacio Presidencial, y el Gobierno de Salvador Allende fue un Gobierno que en las circunstancias actuó con respeto por la institucionalidad, respeto que no tuvieron sus opositores. Eso yo sé que no es una cuestión que va a ser aceptada por todos; hay desacuerdos, pero yo no podía dejar así pasar tan olímpicamente una afirmación que es por lo menos históricamente controvertida.

Tercera pregunta

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA B.: Quisiera volver un poco a los inicios a este debate, cuando preguntó el Decano ¿qué límites tendría el poder constituyente? Y la verdad es que aquí hubo acuerdo en que el poder constituyente ciertamente tiene límites.

En realidad, lo primero que hay que pensar es qué es lo que queremos. Nuestra tradición es absolutamente democrática. Es una democracia constitucional. Y si lo que queremos es eso, evidentemente que los límites primeramente están dados por ciertos principios que son propios de la democracia constitucional, como por ejemplo el respeto de los derechos fundamentales; el hecho de la separación de funciones, el ejercicio del poder detentado por distintos órganos; la independencia del Poder Judicial; el respeto de los tratados internacionales que hemos suscrito y que se encuentran vigentes; en fin, el principio de supremacía constitucional, y evidentemente tiene que haber un órgano que vele por que se respete la Constitución. Los jueces constitucionales son importantes.

Entonces, creo que precisamente ahí es donde están los límites de lo que vamos a hacer, de lo que queremos, si lo que queremos es una democracia constitucional, evidentemente.

Ahora, yendo a cuestiones concretas, como señalaba el profesor Alegre, creo que se trata de ciertos problemas concretos que cada país los conoce. Por ejemplo, sin duda que en nuestro medio el centralismo es un problema. Creo que efectivamente hay que avanzar en una efectiva descentralización, y ver la manera como lo logramos y como se concreta en la Constitución.



Otra situación de la que también se hablaba acá, es de los derechos económicos-sociales, y debe verse cuál será la mejor manera de garantizarlos, porque nosotros tenemos nuestras acciones constitucionales para los derechos individuales, pero no para los derechos sociales. Entonces, ése es otro punto fundamental.

Por último, también, cómo avanzar de una democracia representativa como la tenemos hoy, en que los electores están bastante lejos de sus representantes, para llegar a una democracia verdaderamente participativa y crear mecanismos de participación ciudadana más potentes.

DECANO DAVOR HARASIC Y.: Muchas gracias, profesora García.

Yo les pediría que hagamos cinco preguntas más de inmediato. Por favor, se individualizan y señalan para quién es la pregunta y a continuación la hacen y dan respuesta las personas a quienes están formuladas; luego hacemos una ronda final, porque está sumamente interesante el debate, pero podemos terminar muy tarde y es un abuso a nuestros invitados.

Cuarta pregunta

PROFESORA CAROLINA BRUNA: Soy profesora del Departamento de Ciencias del Derecho, y mi pregunta bien concreta es para el profesor Alegre, porque en verdad me parece interesante que llame a mirar la Constitución española. Me parece interesante porque hace algunos años yo estuve en un seminario en España, donde aparecía el profesor Ferrajoli pidiendo que Europa mirara las constituciones latinoamericanas. Por ejemplo, la Constitución de Argentina y la Constitución de Brasil.

El argumento del profesor Ferrajoli tiene que ver con las instancias superiores a los tribunales constitucionales que sean extra territoriales. Entonces, él estaba trabajando en la Constitución de la Unión Europea, y me gustaría saber bien por qué habría que mirar la Constitución española, porque nosotros conocemos por ejemplo lo que ha pasado con el Juez Baltazar Garzón. O sea, España tiene bastantes problemas para poder hacerse cargo de asuntos que tienen que ver con derechos humanos. Entonces, ¿qué es lo que deberíamos ver en esa Constitución?

Quinta Pregunta

SEBASTIÁN SOTO: Buenas tardes, mi pregunta es para el profesor Gargarella. Yo quisiera saber si el procedimiento se ha anudado no por una dictadura, sino que por una generación anterior.

Siguiendo la lógica de Jefferson, cambiaría o no, o sería igualmente vinculante ese procedimiento. Entonces, ¿me gustaría saber cuál es su aproximación a ese punto de vista allí?

Sexta pregunta

ANDRÉS SALAZAR: La pregunta es para el profesor Ruiz-Tagle y para el profesor Alegre.

¿Qué pasa cuando el Derecho defrauda al pueblo? Porque el problema que tenemos es que en una parte de nuestro ordenamiento jurídico se dice que el soberano es el pueblo y eso debería haberse reflejado en las leyes que él crea. Pero en otra parte nuestro ordenamiento jurídico más vigoroso, se restringen las posibilidades de actuación del pueblo. Y si no queremos tener un sistema de cotización individual al momento de jubilar, lamentablemente no podemos tenerlo.



Entonces, eso afecta la vida de los ciudadanos en concreto, y el Derecho se vuelve en contra del soberano del Derecho. Por tanto, si el Derecho no tiene espacio para canalizar eso, ¿lo único que queda es la revolución? Esa es la pregunta.

Séptima pregunta

ASISTENTE: Es una pregunta para el profesor Fernando Atria.

Sobre la primera pregunta que hacía el Decano, sobre el poder constituyente, y no entendí muy bien por qué razón el profesor cree que es una pregunta confusa o que no tiene tanto sentido, sobre todo cuando escucho lo que usted decía del momento constitucional, como un momento de libertad plena del pueblo. O sea, creo que si se concibe el momento constitucional como un momento de libertad plena del pueblo, me parece que las limitaciones que se le podrían poner al poder constituyente no son tantas, o quedan más o menos bajo esa conceptualización del momento constituyente, como que no existirían.

Octava pregunta

PROFESOR AUGUSTO QUINTANA: Una pregunta dirigida principalmente a los panelistas chilenos, pero si también pudiesen los profesores hermanos argentinos poder compartir también su visión respecto de esta pregunta.

No me queda claro, por lo menos entre los dos panelistas, si ambos o ninguno, están realmente por una nueva Constitución; quiero decir una nueva Constitución que emerja de una función constituyente originaria, y que actualmente la Constitución no dispone, pero que para que pueda nacer una nueva Constitución, es imprescindible, o si, por el contrario, optan por una reforma constitucional con arreglo al poder constituyente derivado que actualmente existe.

La pregunta derecha es ¿estamos dispuestos o no a “reformular” la actual Carta Fundamental, para establecer una función constituyente originaria, que permita aprobar realmente una nueva Constitución, desvinculada, por supuesto, de las normas de procedimientos que existen actualmente para su sanción?

Novena pregunta

RODOLFO SALDIVIA: Soy egresado de Derecho de esta Facultad.

Una pregunta para el profesor Atria, ¿qué pasa con lo que plantea el profesor Ruiz-Tagle respecto al respeto de minorías en un supuesto evento de una Asamblea Constituyente?

La otra pregunta es para el profesor Gargarella. Acá hablamos de una nueva Constitución o de un constitucionalismo, qué pasa a nivel internacional con la soberanía del pueblo? En qué sentido, ¿qué sacamos con cambiar una Constitución, establecer una Constitución nueva, si tenemos por otro lado una serie de tratados internacionales en el plano internacional económico, que limitan esa soberanía? Pongo el caso de si quisiéramos en Chile nacionalizar de nuevo el cobre u otros recursos naturales.

Décima pregunta

DOMINGO LOBERA: Mi pregunta es para el profesor Ruiz-Tagle.



Profesor, si entiendo bien lo que usted propone es seguir con esta escalada de reformas a la Constitución, pero el proyecto justamente que usted criticaba, ingresado por el Boletín 100, 14, busca justamente la reforma a la Constitución para establecer la posibilidad de que la Presidencia, en concurso con el Congreso, puedan convocar un plebiscito que permita consultar a la ciudadanía, no en un tránsito directo a la Asamblea Constituyente -eso es una mala comprensión del proyecto, eso no es lo que dispone el proyecto- sino que en una consulta a la ciudadanía sobre si acaso es necesaria una nueva Constitución, y luego sobre el procedimiento del mecanismo para esa nueva Constitución.

Entonces, ¿cuáles son los problemas que usted advierte de esa fórmula? Es decir, buscar en la misma Constitución actual, con las trampas que tiene disponibles, un espacio que nos permita, de alguna forma, con esas mismas reglas, comenzar a dejar esa Constitución atrás.

Décimo primera pregunta

GONZALO RIVERA: Soy estudiante de administración pública en la Universidad Central.

Mi pregunta es para el profesor Atria y para el profesor Ruiz-Tagle. ¿Cuál debiese ser para ustedes el núcleo fundamental de la sociedad? ¿Si queremos pasar de una democracia representativa a una democracia participativa, cuál debiese ser el núcleo fundamental de la sociedad?

DECANO DAVOR HARASIC Y.: Muchas gracias.

Si les parece a los panelistas, podríamos intentar responder por orden a cada una de las preguntas que se han formulado y al mismo tiempo aprovechar cada uno de hacer el cierre de la intervención.

Tiene la palabra el profesor Gargarella.

PROFESOR ROBERTO GARGARELLA: Sobre el anudamiento de generaciones anteriores, en Jefferson, al menos él era muy consistente en el modo de responder, o al menos asumiéndose como un demócrata consistente. Él tenía el cálculo de que las generaciones duraban unos 19 años, entonces como ninguna generación debía limitar a la siguiente, las constituciones deberían tener más o menos esa vida y luego caer y hacerse de nuevo.

Con lo ridículo que desde hoy puede tener esa propuesta, creo que ahí anudaba una intuición que era sensata respecto de la idea de que es consistente la democracia con el establecimiento de límites, pero es un problema si esos límites no los hemos establecido nosotros democráticamente, siendo nosotros en un sentido no trivial, o no real, como creo que puede ocurrir en el caso de una dictadura.

Entonces, sí se puede problematizar la cuestión cuando uno piensa en continuidades democráticas, pero, sin embargo surge la consulta de si siempre es necesario mantener una cisura importante, una diferencia importante entre regímenes democráticos y no democráticos, y a estos últimos darles un tratamiento muy especial, diferentes. No ponerlos en el mismo nivel, creo que ha sido el problema. Mucho de lo peor que ha ocurrido en el Derecho argentino ha tenido que ver con ese aplanamiento y querer poner la doctrina de facto a la altura de la doctrina democrática. Me parece bien importante marcar una ruptura allí y darle la relevancia esa ruptura.

Porque uno tiene una cierta teoría democrática, luego uno puede pensar y encarar de modo distinto distintas expresiones



de la vida democrática cotidiana. Por eso una distinción como la de Ackerman, sin serme enteramente satisfactoria, creo que va por buen camino en el sentido de que pasan cosas distintas que merecen ser reconocidas como generando respuestas diferentes.

En el mismo tren, una pregunta que también estaba por allí sobre el tema de la soberanía del pueblo y la cuestión internacional. Yo creo que del mismo modo en que pensamos la democracia, nos da herramientas para pensar esos límites establecidos desde el extranjero. Yo creo que eso como que aceptamos indebidamente y como no problemáticas limitaciones que vienen desde organismos internacionales que son problemáticas en términos democráticos y en términos de soberanía del pueblo.

Aquí en parte difiero con cierta lectura liberal del Derecho, como la que presentaba el amigo profesor Marcelo Alegre o en un sentido también el profesor Ruiz-Tagle, no porque crea en la autoridad desde ya de ciertos tipos de acuerdos económicos, sino me interesa más pensar en la autoridad de tribunales internacionales. Yo creo simplemente que eso merece ser problematizado, problematizado en el sentido de otra vez no aplanarnos el pensamiento democrático; no dejar de ver como problema lo que representa una dificultad.

Otra vez: no tengo problemas en que existan controles sobre la democracia. Es más, me parece crucial que existan controles sobre la democracia. Ahora, no cualquier tipo de control. Si el control es lo que dice la potencia fuerte al lado, no; si es lo que dice el comisario o vecino, tampoco.

Entonces, ¿qué tipo de control? Un control en donde sea un control con el que yo también pueda tener una relación conversacional y también poder tener una relación en términos de accountability, de algún modo de hacer responsables, y qué estás haciendo. Me parece que en eso necesitamos no tomar la cuestión ligeramente. Y me parece que el acercamiento que muchos han tenido a los tribunales internacionales es problemático, como me parece todavía más problemático que el acercamiento, muchas de las respuestas que han dado los tribunales internacionales en relación a preocupaciones democráticas.

Si yo tuviera hacer un balance por ejemplo de las decisiones que ha tomado la Corte Interamericana, algunas me gustan –posiblemente me gusten más que las que me han disgustado–, pero no debiera pasar por ahí nuestra evaluación. La evaluación tiene que correr por una cuerda separada, y creo que tanto el status que hoy tiene y el tipo de respuestas que ellos mismos han generado, son muy deficitarias para quienes tenemos alguna pretensión democrática.

La idea de no tomar en absoluto en cuenta ciertas decisiones que se han tomado de modo muy meditado en países latinoamericanos, porque no se ajustan con la interpretación que ellos hacen con artículos de acuerdos internacionales, que para mí, de ningún modo, dicen lo que dicen, me parece tremendamente problemática.

Creo que debemos seguir nuestro razonamiento democrático todo a lo largo, para pensar procesos constituyentes; para pensar decisiones democráticas de nuestra comunidad, y para pensar la relación de nuestra comunidad con el exterior. Eso, otra vez, no quiere decir lo último que digo; no quiere decir reivindicar lo que pasa en mi país, porque los de afuera no saben nada. No, porque también tengo parámetros democráticos para medir y someter a crítica –creo que es una crítica que debe ser muy profunda– a cómo se toman decisiones hoy en nuestras democracias, muy de decisiones de elite, las que están recubiertas con una retórica democrática y que son muy débilmente democráticas bajo cualquier concepción de democracia que analicemos.



Pero el hecho de que uno no sea un nacionalista bobo, hace que uno mantenga una mirada muy crítica sobre cómo se toman las decisiones a nivel local, debe ser acompañado también por una mirada crítica sobre cómo se están tomando hoy las decisiones y cómo se está organizando el sistema internacional.

El profesor Marcelo Alegre, en todo caso, quería hacer una defensa condicionada, pero yo creo que hay que llamar la atención, a subrayar esas condiciones. Hoy las condiciones están; todas las condiciones que uno podría querer poner, están siendo violentadas o en buena medida violentadas. No tenemos ninguna relación efectiva con los decisores de los tribunales internacionales, y eso debe verse como un problema. Pero todo dependiente de una misma manera de pensar la democracia y nuestra relación con los derechos.

Entonces, eso debe darnos herramientas para criticar lo que ocurre dentro de nuestra comunidad y también para criticar los modos en que se está ordenando el Derecho Internacional.

La idea de que hoy hay los nuevos profetas del Derecho que invocan la autoridad del Derecho Internacional, y con eso quieren que uno quede arrodillado y temblando de miedo porque lo dijo un tribunal internacional, me parece una tontería; o el modo en que desde los propios tribunales se descalifican decisiones muy meditadas, tomadas por comunidades democráticas, pienso casos como la decisión de la Corte Interamericana en relación a Uruguay me parece muy problemático. Entonces es mantener una mirada crítica desde esta perspectiva, si se quiere, fundada en cierto modo de pensar la democracia.

DECANO DAVOR HARASIC Y.: Muchas gracias.

Profesor Ruiz-Tagle.

PROFESOR PABLO RUIZ-TAGLE V.: Bueno, son muchas las cosas que hay que responder.

Primero, referirme a la intervención del Senador De Urresti, a quien admiro y respeto y que ha sido Presidente de la Comisión de Constitución del Senado.

La verdad es que lo que yo estoy diciendo, para decirlo en términos más simples, es que hoy no vivimos en la Dictadura de Pinochet; que la Presidenta Bachelet no es Presidenta de la Dictadura de Pinochet; que usted, Senador De Urresti, no es Senador de la Dictadura de Pinochet. ¡Eso es lo que estoy diciendo! Vivimos un periodo político distinto conectado a ese anterior, pero tenemos que cambiar todos los rastros que quedan de la dictadura, eso no cabe duda. ¡Pero vivimos un periodo distinto! y hay personas que han difundido la idea de que vivimos en el mismo periodo, con la misma continuidad que se vivió durante la Dictadura de Pinochet, y eso no es así, ni política ni jurídicamente. Ése es el argumento.

Yo he sostenido que en marzo de 1990 comienza una nueva República, la Quinta República en Chile, que es defectuosa, que es neoliberal, que es neopresidencialista y que eso tenemos que cambiarlo y movernos hacia un Estado social y democrático de Derecho, y que hay varias alternativas para llegar a ese ideal de modificación constitucional. Pero no creo que podamos decir -francamente lo digo con modestia- que estamos viviendo bajo la Dictadura de Pinochet ni bajo su Constitución. Es otra Constitución y son otros los sujetos del poder constituyente que hoy día cuentan. ¡La Junta de Gobierno y las comisiones legislativas de Pinochet no existen! ¡No funcionan! Entonces, hay que reconocer una diferencia.



Ahora, en cuanto a la propuesta muy respetable de los parlamentarios por la Asamblea Constituyente, el punto de crítica mía, y esto tiene que ver con algo que planteó también el profesor Domingo Lobera, es que no me parece una buena idea hacer un referéndum para elegir si vamos a adoptar un procedimiento de Asamblea Constituyente, una comisión de expertos u otro procedimiento. Eso lo critico.

Si los parlamentarios y el Gobierno deciden adoptar una reforma constitucional y se incluye como un mecanismo viable y vigente la Asamblea Constituyente, yo no tengo problema, porque la Asamblea Constituyente tiene buenas razones. Básicamente es un mecanismo de representación política, no de participación.

Cuando se piensa que la clase política, particularmente la parlamentaria, no va a representar bien los intereses de la ciudadanía, yo tiendo a pensar que todavía tenemos posibilidades de que la clase parlamentaria, los parlamentarios y el Gobierno puedan llegar a representarlos mejor de lo que lo están haciendo ahora, pero no en términos ideales. Tampoco creo que haya un momento especial que realmente sea un momento místico, sino que es un momento de una mejoría de una mayor sintonía, en que en verdad, en ese momento, se pueda adoptar una Constitución, una reforma.

En verdad la idea de la nueva Constitución es una reforma total, en que se revisan todos los capítulos de la Constitución y se ve cuáles se mantienen, cuáles se dejan, y eso tendría obviamente que ser combinado con reformas parciales, porque la reforma total nos puede tomar mucho tiempo.

Ahora, el señor Salazar planteó esta frase que parece una frase así como muy potente, “cuando el Derecho defrauda al pueblo”. El Derecho no es una cuestión unitaria. Hablemos de una norma que es fraudulenta, y el pueblo en una democracia constitucional está expresado en un órgano principal que es la ciudadanía y otros órganos que son, en fin, los poderes constituidos, el Presidente, el Parlamento, los Tribunales.

Entonces, de qué estamos hablando con esta frase que suena muy potente y que nos puede hacer tener toda clase de pensamientos profundos, pero el Derecho ¿cómo puede defraudar al pueblo? ¿Significa que hay un elitismo? Pongámsle nombre al asunto: ¿significa que el Derecho no es entendido por la ciudadanía, o es entendido por la ciudadanía y es un Derecho populista, pero que no responde a los intereses o ideales del constitucionalismo más respetable, contemporáneo? Tenemos que definir un poco mejor qué queremos decir con eso.

Mi opinión es que en Chile no tenemos una situación en la que podamos decir que nuestro Derecho defrauda al pueblo de una manera significativa en términos comparados con otros países latinoamericanos, por ejemplo. Yo creo que hay problemas en nuestro Derecho; hay problemas con la participación, con la representación, pero no hay un fraude en el concepto esencial de nuestro Derecho. Nuestro Derecho responde de manera defectuosa quizá a los estándares de las democracias constitucionales latinoamericanas.

Augusto preguntó por el constitucionalismo originario. El constitucionalismo originario, en una democracia constitucional, se confunde con el derivado. Esta clasificación de originario y derivado es de Schmitt. Dejémoslo hasta ahí.

Domingo Lobera, volviendo un poco a la idea ésta de las ensaladas de reformas, pienso que es bueno combinar las reformas constitucionales, un procedimiento que incluya reformas cortas o reformas parciales, y una gran reforma de más largo aliento, que será la reforma pensada como un sistema de toda la Constitución. No son incompatibles, a mí juicio.



La pregunta sobre por qué critico la propuesta de la Asamblea Constituyente, que han firmado varios Diputados. La critico –yo la critico– en el procedimiento, porque no me gusta que se parta con un referéndum.

Yo creo que, como dijo antes el profesor Marcelo Alegre, el referéndum es precondition del proceso constituyente democrático, si es que no hay una Asamblea Constituyente. Pero creo que tenemos que ponerlo al final, cuando ya están definidas las opciones constitucionales para que justamente la ciudadanía pueda elegir.

Poner al pueblo a elegir el procedimiento tiene varios problemas. El primero, la comprensión; segundo, el gasto de energía política. Estamos hablando de un Gobierno que tiene el 20% de apoyo, y la oposición 15%. O sea, estamos en un cuadro de deslegitimación de las instituciones. Ponernos a discutir -como hemos hecho aquí buena parte de la tarde- el proceso constituyente, no va a cumplir con la idea de lograr que la ciudadanía se entusiasme por el cambio constitucional y que lo vea como algo cercano, directo. Entonces, aquí hay argumentos, yo diría, políticos, y también argumentos de Derecho.

Francisco Soto me envió un trabajo en que él ha estudiado estos referéndums para cuestiones especiales de trascendencia especial, y en todas partes son criticados por la doctrina constitucional. Estos referéndums para decidir cómo se adopta un procedimiento, se consideran bonapartistas, se consideran con el déficit del bonapartismo que es ponerle una opción que está controlada, y que le da un enorme poder al Gobierno.

Entonces, desde el punto de vista de la teoría constitucional, hay observaciones que uno puede hacer a esa propuesta. Y no porque digamos “Asamblea Constituyente”, tenemos que estar todos de acuerdo. En una de esas, la idea de la Asamblea Constituyente termina de imponerse, pero ojalá que la hagamos bien y no la hagamos con todos los defectos que se le pueden atribuir.

Yo he sido partidario, desde el inicio, de usar la menor cantidad de energía posible en las cuestiones procesales. Por eso he propuesto, para decir la propuesta, que se use el Artículo 32, Número 6, que permite formar una comisión, que ha sido tildada equivocadamente como una Comisión de Expertos. Puede ser de integración mixta con la ciudadanía, con las fuerzas políticas; puede ser una Comisión Constitucional o Constituyente, que es un proxi de una Asamblea Constituyente, bastante cercana. Entonces, no estamos tan lejos. Yo lo que critico es usar el referéndum al inicio.

La pregunta del estudiante de la Universidad Central, sobre el núcleo fundamental de la sociedad, es una pregunta muy importante, nos lleva al contenido de la Constitución, pero creo que ya es bastante tarde, y hemos abusado del tiempo, particularmente yo, así que dejémosla para quizás otro seminario.

PROFESOR MARCELO ALEGRE: Respecto a la referencia a la Constitución española, como usted bien dijo, yo dije mirar, nada más que eso, no copiar, ni imitar, ni inspirarse, ni nada. Cité algunas constituciones, y ésa me parece que muestra bien un esfuerzo exitoso de gran consenso político en una sociedad muy dividida, muy plural políticamente, y que produjo un texto constitucional que no es un texto anodino, sino que ha brindado el marco para que España se transformara en un país desarrollado. De modo que me parece que es una experiencia a mirar. Hay otras.

Respecto del sistema interamericano, cuando uno se somete a un tribunal, viene con ello la posibilidad de que vengan decisiones que uno tenga que obedecer, alguna de las cuales son injustas o jurídicamente mal fundamentadas. De modo que no alcanza con señalar una mala decisión o un mal fundamento para cuestionar todo el sistema, sobre todo porque en este momento el sistema interamericano está bajo fuego, porque se trata de un sistema de controles, y hay gobiernos



en América Latina que lo que aspiran es al poder descontrolado. Y eso lleva fronteras para adentro a la violación de derechos; y eso lleva a los problemas en el sistema interamericano de derechos humanos. Por lo tanto, lleva también a la colisión con ese sistema. Lo que les molesta son los controles, por eso, profesor Gargarella, le respondo como el senador Matt Santos, que si él me arroja el mote de liberal, yo lo habré de recoger y llevarlo orgulloso en mi pecho con mucha alegría.

Creo que hay un déficit liberal en América Latina en este momento. Me entristece decirlo, porque durante muchos años he militado y he reflexionado alrededor de los déficits, si ustedes quieren, progresistas o socialistas. Creo que hay un déficit liberal. Uno de los aspectos es esta aversión a los controles, y me parece que hay que volver a veces al ABC del constitucionalismo.

PROFESOR FERNANDO ATRIA: Hay una película de Steven Spielberg, Inteligencia Artificial se llama, en que hay un robot seductor, que en las circunstancias adecuadas hace un movimiento súbito de la cabeza, algo así como (hace el gesto) y una música seductora empieza a sonar. Yo creo que parte del problema de la discusión constitucional en general, y creo que se ha notado aquí, es que está afectado por eso. Entonces, de repente aparece una palabra y la palabra genera un argumento que ya está pensado de antemano. Aparece, por ejemplo, la palabra plebiscito y (gesto) bonapartismo, y sale una diatriba contra el bonapartismo.

Diría que la característica de una discusión académica del asunto, precisamente es la contribución que una discusión académica puede hacer a una discusión política agitada, es una discusión un poquito menos automatizada.

Efectivamente, el bonapartismo, la idea de que el Presidente de la República puede prescindir de todas las otras instancias representativas, en particular del Congreso Nacional y apelar directamente al pueblo con todas las posibilidades de manipulación que hay, ése es un problema político. Y si uno está preocupado por instituciones sólidas, uno tiene que hacerse cargo de él. Es verdad eso.

También es verdad, por otro lado, que la solución de un plebiscito constitucional, como la que plantea este proyecto de reforma constitucional, es una solución que independientemente de si la teoría la celebra como la mejor de todas, es una de las posibilidades que hoy día existen de superar neutralizaciones constitucionales que hacen imposible una salida institucional.

Entonces, ponemos las dos cosas. Y entonces decimos bueno, si lo que nos preocupa es el bonapartismo, es decir, la posibilidad de concentrar el poder en el Presidente, pongamos algunas salvaguardas institucionales en contra del bonapartismo. Digamos, por ejemplo, no es que el Presidente de la República pueda convocar a un plebiscito cuando desee, porque el riesgo sería muy grande, evidentemente. Si lo que nos interesa es proteger el Congreso, entonces digamos si el Congreso y el Presidente de la República están de acuerdo, no tenemos razón alguna para negar un plebiscito. ¿Qué razón podría haber para negar un plebiscito, si se trata de proteger al Congreso, cuando la voluntad del Congreso concurre? Y esa voluntad puede concurrir a través del acuerdo de ambas Cámaras, o a través de un proyecto de ley. En fin, eso es exactamente lo que está en este proyecto de reforma constitucional.

Entonces, uno esperaría que antes de saltar a criticarlo por bonapartista, el crítico se diera el trabajo de decir ah, sí, está bien, en principio un plebiscito podría ser un instrumento bonapartista, pero resulta que en este caso, y a eso yo tengo tales y cuales razones que dar.

Pero a la discusión constitucional le cuesta pasar ese primer momento, el momento en que se le imputa un eslogan o una etiqueta como bonapartismo, atajo, avivada -éstas son las que yo he escuchado y hay muchas otras- y la función precisa



que esas etiquetas cumplen es evitar liberar la discusión de argumentos, cosa que en algunos contextos de la acalorada discusión pública es razonable pensar que va a pasar, porque tampoco es cosa de ser ingenuo. La discusión pública no es un seminario académico, pero precisamente los seminarios académicos sí son seminarios académicos. Entonces, uno esperaría que por lo menos ahí se pudiera discutir con más tranquilidad el asunto y con una reacción menos automática.

Brevísimamente, porque ya estamos bien pasados en la hora. El poder constituyente, el momento constitucional o momento constituyente, poder constituyente, límites. Lo que yo dije es que creía que era un error pensar que el momento constituyente era el momento de la libertad. Es verdad que pasa algo distinto que no pasa en los momentos normales.

Yo creo que la dicotomía de Ackerman dice mucho más que eso. Claro, uno podría leerla en clave puramente minimalista y decir simplemente constatar que pasa más. Yo creo que también implica que según Ackerman el pueblo norteamericano ha actuado...

ASISTENTE: Cuatro o cinco veces.

PROFESOR FERNANDO ATRIA: ...Cuatro o cinco veces en la historia, y el resto del tiempo ha estado administrado por los gerentes de Washington. Pero bueno, está bien, no hay problema.

Lo que es importante es que el momento constituyente es un momento importante, pero no es importante porque ése sea el momento en que todas las decisiones centrales, no es el momento en que todas las batallas importantes se han de dar y ganar, ojalá. ¡Es el momento en que se va a dar y ganar –ojalá– una importante, que es dar al poder político una forma democrática!

Y después, para después, para lo que empieza al día siguiente del momento constituyente, empiezan todas las otras batallas. Es decir, no va a ser en el momento constituyente que se va a cambiar -lo mencionaba alguien aquí- que se va a cambiar la estructura de pensiones y de seguridad social, uno de capitalización individual por uno solidario, cosa que a mí me parece que es una cuestión necesaria.

Eso va a pasar ¿cuándo? Bueno, va a pasar en el momento siguiente. Pero ese momento siguiente va a ser un momento cuya lógica de resolución será la fijada en la decisión constituyente. Esto es obvio.

Entonces, el momento constituyente es un momento importante. ¿Quiere decir que no tiene límites? No. Pero yo decía aquí, cuando uno se pregunta por los límites en el momento constituyente, tiene que estar consciente del riesgo de cruzar los límites del lenguaje normativo. Y la verdad es que no dije nada más que eso.

Me corrijo. El poder constituyente reclama, aspira a ser reconocido como constituyente para el futuro. Es decir, se decide constituir hoy con la pretensión de que en la política que comienza el día de mañana, ese momento sea reconocido como constituyente. Esa pretensión de ser reconocido como constituyente no tiene sentido si el poder constituyente reclama ser constantemente ilimitable. Es necesario limitarlo. Por eso hacía la analogía. Yo creo que hay una relación interna entre Constitución y democracia, así como hay una conexión interna entre gramática y comunicación. Uno podría ver las reglas de la gramática como límites a lo que yo podría decir, pero eso es una mala manera de entender las reglas de la gramática, y diría lo mismo para la Constitución.

¿Es un problema con las minorías? Yo lo primero que diría aquí es que este problema ha estado exagerado en toda nuestra discusión. O sea, da la impresión de que si nosotros tuviéramos un momento constituyente en que no estamos



tratados como menores de edad, es decir, en que no estamos sometidos a decisiones anteriores tomadas por nosotros, entonces, sería la guerra civil.

Es decir, sería el conflicto desatado, sin posibilidad de llegar a ningún tipo de acuerdo. O sea, que la situación política chilena es más o menos la situación política que hace algún tiempo vivía Kosovo o la situación que hoy día ocurre en Nepal o en Timor Oriental. Y yo miro a mi alrededor y digo ¿en qué mundo están viviendo quienes piensan eso?

Está bien, no es que uno pueda ignorar el problema de protección de las minorías. Pero uno tiene que ponerlo en su justo nivel. Chile, en este momento, no es Nepal.

Entonces, la idea de que si hay una Constitución constituyente, una discusión constituyente que no sea limitada por decisiones anteriores, nos vamos a sacar los ojos, yo creo que es solamente motivado hoy día por el hecho de que la discusión está entre quienes quieren sacudirse las trampas de la Constitución y quienes quieren defender las trampas. Y la discusión sobre las trampas nunca puede ser una discusión abierta, porque las trampas son por definición ocultas.

Por tanto, la discusión hoy día es siempre una discusión oblicua, porque lo que está en discusión verdadera son esas trampas. Si uno asumiera que la nueva Constitución va a ser dada sin estar vinculada a la normatividad de la Constitución actual, con lo cual las trampas quedarían de lado, y dijera, por ejemplo, sólo va a llegar la nueva Constitución aquello que pueda ser aprobado por dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, creo que es una regla perfectamente aceptable. No es la mejor de las mayorías, pero sí, yo creo que es aceptable. Nada llegaría a estar en la Constitución si no representa un gran acuerdo.

¿Querría eso decir que arrasarían unos sobre otros, que habría guerra civil, que nos cortaríamos la garganta? Yo creo que todo eso es una exageración motivada por la situación actual.

Me parece espléndido que el profesor Quintana se pregunte, porque no le ha quedado claro si estamos abogando o estábamos abogando por una nueva Constitución o no.

Yo dije que lo que yo estaba haciendo aquí –aunque tengo una posición– lo que yo estaba haciendo aquí es que no estaba abogando, estaba tratando de entender el problema: ¿por qué seguimos discutiendo sobre la Constitución 25 años después?

Ahora, si pregunta mi opinión, creo que la he dado. Creo que Chile necesita una nueva Constitución –permítanmelo– además de toda la moralina de los principios, de que está bien, que es justo, que es democrática, además de eso, por una condición muy simple de estabilidad institucional.

Es cosa de mirar alrededor: los poderes institucionales chilenos están cada día más deslegitimados, que es exactamente lo que uno esperaría que pasara con una institucionalidad neutralizada. Si está neutralizada, no puede hacer aquello que legitima su existencia. Y si no puede hacer aquello que legitima su existencia, será cada día más ilegítima.

Entonces, no hay nada de raro en lo que está pasando, y va a ser cada vez más progresivo. Yo creo que como un problema de responsabilidad política y de preocupación con la estabilidad de las instituciones políticas, tener una nueva constitución, es decir, un orden político fundamental, no neutralizador, es de la primera importancia.



DECANO DAVOR HARASIC Y.: Muchas gracias profesor Gargarella, profesor Alegre y, por cierto, profesor Ruiz-Tagle y profesor Atria.

Es un honor para la Facultad haber podido pasar este tiempo con ustedes, compartiendo sobre un tema que es de primera relevancia, como no solo ha quedado claro en la discusión, sino como lo podemos palpar día a día en Chile.

Partí diciendo que este septiembre es muy especial, y en verdad esperamos los anuncios que hará el gobierno, y como Facultad estamos dispuestos a servir al país con discusiones como ésta, que ha sido tremendamente fructífera, y que desde luego agradecemos y nos honramos con ella.

Muchas gracias.

...Aplausos



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Una gran conversación por

CHILE

Proceso constituyente y
nueva constitución política



CAPÍTULO X / SESIÓN 10 DE SEPTIEMBRE DE 2015

DERECHO DE PROPIEDAD



DERECHO DE PROPIEDAD



SESIÓN 10 DE SEPTIEMBRE DE 2015

Expositor:

- *Profesor Enrique Barros B.*

Comentarios:

- *Profesor Arturo Fermandois*
- *Profesor Matías Guiloff T.*

Moderadora:

- *Profesora Ana María García Barzelatto*

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Buenas tardes. Muy bienvenidos a todos a este octavo panel sobre nuestro Ciclo de Discusiones. En esta oportunidad se va a tratar un tema muy importante de carácter constitucional, como es el derecho de propiedad.

La propiedad, en realidad, atraviesa toda la Constitución. Y no sólo se reconoce el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, sino que además en la misma Constitución existen estatutos especiales de propiedad, como es la propiedad del derecho a las aguas, a las minas, a la propiedad intelectual e industrial. Es el numeral más extenso del Artículo 19 de la Constitución. El derecho de propiedad incluso se invoca para dar protección a otros derechos, como son el derecho a la salud y a la educación.

En esta oportunidad, la exposición principal estará a cargo del profesor Enrique Barros, la que será comentada por el profesor Arturo Fermandois Vöhringer y Matías Guiloff Titium, quienes nos acompañan.

El profesor Enrique Barros es Abogado de esta casa de estudios; cursó sus estudios de Derecho en esta Facultad, y es Doctor en Derecho por la Universidad de Múnich, y profesor titular de esta Facultad.

En un comienzo, su área de docencia fue la Introducción al Derecho y Filosofía del Derecho, pero ya en la década de los años 80 asumió su Cátedra Derecho Civil, la que ejerce hasta hoy.

Es autor de prácticamente un centenar de artículos sobre Derecho Civil, Filosofía del Derecho y Derecho público. Su principal obra es el Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Es una extensa obra que cubre todo lo que se refiere a sistemas de responsabilidad extracontractual, y fue publicada en Chile el año 2006, con varias ediciones, y luego, hace poco, en Lima también.



Fue Abogado integrante de la Corte Suprema y Presidente del Colegio de Abogados. Además, desde el año 2000, es miembro de número de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile.

Queda con ustedes el profesor Barros.

PROFESOR ENRIQUE BARROS BOURIE: Gracias, profesora Ana María García.

Primero, quiero contarles que esta ponencia no fue distribuida a los comentaristas, como eran las reglas, así que los excuso desde luego por no hacer ninguna referencia y lo justifico por el contenido.

En el trabajo recibí un apoyo muy importante, quiero declarar del ayudante Juan Ignacio Wilson, que recogió antecedentes comparados de textos constitucionales y de opiniones doctrinarias.

Yo no soy constitucionalista, y mi origen en relación con el Derecho Constitucional está en la Filosofía del Derecho y eso ustedes lo van a ver en mi presentación.

Por último, para efectos de mayor fluidez, me voy a permitir hacer la conferencia a la antigua, esto es, leyéndola.

He llamado la ponencia “Por qué proteger constitucionalmente la propiedad”, que de por sí es normalmente una pregunta que uno no se hace.

¿POR QUÉ PROTEGER CONSTITUCIONALMENTE LA PROPIEDAD?

La propiedad originalmente expresa la capacidad y legitimidad del hombre para disfrutar de los bienes de la tierra. La concepción poético-religiosa de la creación en el Génesis culmina con la entrega por Dios al hombre de un poder de goce sobre la naturaleza. En este sentido primigenio, la propiedad se corresponde con el dominio que nuestra especie tiene respecto de las cosas.

La propiedad propiamente tal no proviene de ese estado originario, por cierto. Es creación cultural humana. Sea común o privada, requiere de tres elementos constitutivos: delimitación de ámbitos de propiedad; exclusividad y protección pública coactiva.

En ese sentido, es bien admirable la continuidad del concepto jurídico de dominio. En el Siglo XVIII antes de Cristo, hace casi 40 siglos, el Código de Hammurabi establece reglas de protección de la propiedad que no son muy distintas, aun cuando son bastante más drásticas que las que desarrollaron los juristas romanos, y a su vez recogieron transversalmente los estatutos civiles de la propiedad en el Derecho Moderno.

Por otra parte, desde temprano la propiedad se relaciona con el intercambio. Aunque tienen un sentido de exclusividad respecto de sus huesos, nunca se ha visto a dos perros intercambiarlos. El ser humano tiene una característica, que además de tener un sentido de apropiación, tiene un sentido de colaboración, favoreciendo los intercambios.

Muy distinto, entonces, es el hombre. Los pueblos primitivísimos que investigó Malinowski a comienzos del siglo pasado en el Pacífico Occidental, realizaban peligrosísimas travesías sólo para intercambiar con otros pueblos piedrecillas y otros bienes insignificantes. Propiedad e intercambio son desde tiempos muy tempranos de la humanidad instituciones por completo interconectadas.



Una de las explicaciones más fuertes de la propiedad radica precisamente en la ventaja de los intercambios. Niklas Luhmann, el sociólogo, lo expresa en términos sociológicos: la protección de la propiedad “garantiza la participación como actores en el sistema de comunicación de la economía, porque sin esta garantía el sistema comunicativo no puede ser generalizado. Por lo mismo, vincula la función social de la propiedad con el dinero, el más abstracto medio de comunicación que haya inventado el hombre” y que es el corazón de la economía.

A partir de esta explicación sociológica, ya entramos a las funciones y justificaciones de la propiedad. Es razonable para el jurista reflexivo, especialmente en sede constitucional, que el estudio de la propiedad plantee preguntas acerca de las razones que justifican su establecimiento como institución de Derecho, esto es, sobre su legitimación jurídica y política.

Los juristas rara vez se han preguntado por la justificación de la propiedad. Los romanos del periodo clásico construyeron un concepto de dominio, que es la culminación de una larga evolución. Ese concepto y las técnicas de protección a que llegaron los juristas clásicos, han sido recogidos con variaciones absolutamente marginales por el derecho civil moderno. Con esa autoridad de la jurisprudencia romana, los juristas del medioevo y los posteriores obviaron la pregunta por la justificación.

La propiedad se ha tenido simplemente por dada. Es sintomático que Grocio, que es un jurista de referencia para el Derecho Moderno y el pivote entre la escolástica tardía y el Derecho Natural Racionalista, dedique páginas al origen de la propiedad y ninguna a su justificación.

Por eso quizás las aplicaciones filosóficas más agudas sobre la propiedad no pretenden dar una justificación de la institución, sino explicar más bien su adquisición. En Hume, se trata simplemente de una institución creada por el hombre, cuyos efectos distributivos, cualesquiera sean, no tienen justificación moral alguna, ni positiva ni negativa. Sus ventajas, en Hume, se muestran en que la institución simplemente funciona como instrumento de creación de bienestar y evita el conflicto que surgiría si todos concurrieran por el goce de las cosas.

Locke había sido una generación antes más reflexivo. Asumió una doctrina de la posición originaria, que no se produce en perjuicio de nadie, porque las cosas no pertenecían a nadie, pero al mismo tiempo reconoce que el establecimiento de la propiedad resultó de un acto político. La propiedad es un invento del hombre, según Locke, que se justifica en razón de un acuerdo básico basado en el interés común. El problema está, por cierto, si esta justificación puede ser aceptada por la porción de gente, cualquiera sea, que no tiene acceso a propiedad alguna. Y ese ha sido históricamente el problema de la justificación de Locke y de Hume.

Esta idea es formalizada por Kant. El establecimiento de la propiedad es el resultado de un postulado de la razón práctica, pero no de la razón individual, y lo pone énfasis particularmente en su teoría del derecho Kant, sino de la voluntad de todos, porque el querer de uno no puede por su propia voluntad vincular a los demás, de modo que el título racional de adquisición de la propiedad radica en un acuerdo a priori entre todos.

Por eso, el origen de la propiedad se expresa luego en un acto positivo de establecimiento por el constituyente o el legislador. La propiedad, en Kant, es derecho positivo. Así, se explica que en la tradición kantiana posterior, la propiedad haya sido radicada en un gran acuerdo político originario que considera el interés de todos, incluidos los que no tienen propiedad, como claramente se muestra en Rawls.



Es interesante que estos pensadores de la propiedad no encontraran su justificación en un derecho humano fundamental, sino en razones prácticas que suelen ser aceptadas generalmente como justificación suficiente. Y esta justificación tiene por lo demás ancestros bien antiguos.

Aunque Aristóteles asume que la propiedad fue originariamente común, y que cada cual puede aprovechar de los beneficios de ese dominio compartido, concluye en su típica forma de pensamiento práctico que la propiedad común tiene diversas desventajas.

Si la propiedad es poseída en comunidad, cada cual espera que los otros la cuiden y la hagan productiva, mientras que si es individual recibe mejor cuidado y atención.

En segundo lugar, la propiedad colectiva genera mayores disputas acerca de lo que a cada cual le pertenece y lo que puede obtener de ella.

En tercer lugar, el reconocimiento de la propiedad produce placer en Aristóteles, felicidad en el fondo, en que la humanidad es el motor principal de la ética en Aristóteles. Produce felicidad porque el amor a sí mismo es una actitud natural y útil, de tal manera que es incorrecto censurarla.

Por último, la propiedad es un medio para usar los propios recursos para el bien de otros, lo que es el fundamento de la virtud de la generosidad.

Los comentaristas de Aristóteles leen esta última ventaja -y ese es el contexto en que en el Capítulo Segundo de La Política, aparece referida la propiedad- como una manifestación de la idea de comunidad, que es constitutiva de su idea de Polis. La propiedad está vinculada a la familia, el vínculo social más intenso y fructífero, pero también al bienestar de la ciudad.

En efecto, en Aristóteles el sistema de propiedad supone que todos los ciudadanos sepan que en la necesidad pueden contar con el apoyo de los demás. De este modo, los beneficios de la propiedad se extienden a la comunidad, y su justificación reside en el bienestar de la comunidad.

La idea de Estado Social de Derecho está anticipada, aunque la sociedad ateniense del Siglo IV antes de Cristo careciera de las estructuras administrativas y redistributivas del Derecho Moderno. Es interesante entender que un Estado Social financiado con impuestos al gasto y a los ingresos, es una lectura moderna de precisamente esta doctrina.

En esa síntesis de la cultura clásica y de la tradición cristiana, Tomás de Aquino, en el umbral de la modernidad, también justifica la propiedad con argumentos pragmáticos y no de derecho natural, que en parte se corresponden con los de Aristóteles. Es interesante que Aquino no busque justificaciones positivas de la propiedad, vale decir, por qué se debe tener propiedad, sino que argumente por qué no es ilícito para la ley establecerla mediante convención, esto es, por ley positiva.

Los argumentos de Aquino son básicamente tres.

En primer lugar, el propietario es más solícito en cuidar lo que le pertenece en exclusividad -es el mismo argumento de Aristóteles- que cuando lo hace en comunidad, porque en este caso “cada cual, huyendo del trabajo, deja a los otros el cuidado de lo que conviene al bien común”.



En segundo lugar, porque se administran más ordenadamente las cosas humanas si a cada cual le corresponde el cuidado de sus propios intereses, evitándose así la confusión que provocaría que todos se preocupen de todo indistintamente, con lo cual adelanta un argumento -digamos- en favor de la idea de distribución del trabajo.

Por último, el estado de paz entre los hombres se mantiene si cada cual está contento con lo suyo.

De esta manera, los tres argumentos de Tomás de Aquino, el más importante representante hasta hoy en toda su influencia doctrinaria en la Filosofía del Derecho, hasta los actuales iusnaturalistas, para esta tradición la propiedad no es un derecho natural, sino una institución política.

Se comprueba entonces que no es un derecho natural, sino una regla de razonable prudencia. Esta conclusión muestra la relación a la vez dialéctica y concurrente entre la propiedad y el bien común, en la tradición desde Aristóteles hasta Aquino, y hasta Kant.

Recién en el Siglo XVIII este reconocimiento de la propiedad alcanza una dimensión constitucional en la Declaración de los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa. Allí se la tipifica como un Derecho Humano “la finalidad de cualquier asociación política” -y éste es el corazón de la Declaración de Principios del Hombre de la Convención- “es la protección de los derechos naturales imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

Esta definición de la propiedad como uno de los cuatro derechos humanos originarios puede ser entendida como expresión de un giro individualista, que claramente tiene el pensamiento moderno.

La propiedad, entonces, es una institución histórica que tiene por fundamento razones políticas, económicas y también de autonomía.

Su sustento es de derecho positivo. En la sociedad moderna -cito de nuevo a Luhmann- es cimiento de un sistema económico que tiene su propia lógica, con la cual deben ser consistentes las reglas provenientes del sistema político. En Luhmann está claramente establecido que el subsistema económico tiene muchísima más virtualidad dentro del sistema social que el propio sistema político, porque en el sistema político, por mucho que se pueda decidir lo que se quiera, las restricciones que establece sociológicamente el dinamismo de la economía, hacen que el sistema político tenga restricciones externas, exógenas, que hacen que en la práctica esté sujeto a límites.

De ello se sigue que si bien la propiedad tiene explícitos límites en la política, que formalmente todo lo puede, ello puede tener un precio exorbitante. Y la historia lo muestra reiteradamente.

Esta exigencia funcional, sumada a su fundamento de libertad y autonomía, explica que el tratamiento constitucional de la propiedad sea del todo análogo en todas las democracias constitucionales. Los textos constitucionales en realidad son marginalmente diferentes. Algunos más desarrollados, otros menos desarrollados, en general extremadamente escuetos.

Se establece el derecho de propiedad; se establecen las limitaciones a la propiedad en razón del interés general; se establecen las reglas de expropiación, y a veces se establecen reglas de cuasi expropiación.

No hay ninguna Constitución -ninguna Constitución, yo diría, y voy a usar una palabra políticamente incorrecta-



ninguna Constitución respetable que se aleje de esta formulación o en alguna de las que tenemos por respetables.

Esta exigencia funcional explica que el reconocimiento de la propiedad sea tan análogo en todos los países, en todas las democracias constitucionales. En el fondo, las preguntas que se plantean respecto al derecho de propiedad en todos estos sistemas jurídicos, son relativamente análogas. Y las tareas que se le asignan al Tribunal Constitucional en todos estos sistemas son también relativamente análogas.

De hecho, la mayor parte de los análisis justificantes de la propiedad de este tiempo, de economistas y filósofos de este tiempo, son en esencia los mismos argumentos que vienen de muy antiguo.

Primero, la dificultad de la propiedad compartida ha sido expresada en teoría económica en forma más precisa con la llamada “tragedia de los comunes”, en razón de la carencia de incentivo en una sociedad sin lo mío y lo tuyo, a partir del famoso libro de Hardin.

Segundo, el argumento utilitarista implícito en Aristóteles y Aquino, es formulado de manera sistemática por la teoría de los intercambios espontáneos de la economía, como una forma privilegiada de incentivar la creación de riquezas, mediante contratos que tienen la propiedad como supuesto.

En tercer lugar, el argumento de que la propiedad favorece a todos porque optimiza el uso de los recursos, o al menos en un Pareto optimal, ya está explícita en los antiguos, y está clarísimo en Locke.

En cuarto lugar, La justificación que atiende a la paz social sigue siendo válida, en particular se toman como contrapuntos empíricos las situaciones de excepción, como recurrentemente ocurre en las sociedades después de las catástrofes, en que la ausencia de Derecho potencia el conflicto originario que obsesionaba como pesadilla a Hobbes y a Locke.

Así, sucesivamente, estas razones pragmáticas no pueden ser ignoradas al entender el trasfondo cultural del reconocimiento constitucional y civil de la propiedad y su expansión a bienes incorpóreos y materiales muy diversos, en todas las democracias constitucionales contemporáneas.

A todo ello se agrega, luego, el moderno argumento libertario de la propiedad como fundamento de autonomía. Más que posiciones individualistas extremas -como Nozick, por ejemplo, que en este tema es probablemente el individualista más fuerte que haya jamás existido- me resulta a este respecto mucho más atractiva la razón pragmática que en los años 60 del siglo pasado dio Friedman, quien en todo depende de una organización, se hace personalmente dependiente de ella, con mucha mayor intensidad que en un sistema abierto de comunicación económica basada en la propiedad. El que disiente tiene una mucha mejor vida en una sociedad económicamente abierta que en una centralizada. Otro argumento pragmático.

Por otra parte, en una sociedad que crecientemente satisface las necesidades que hace dos generaciones eran por completo superfluas, el sentimiento de autoafirmación es crecientemente intolerante con decisiones heterónomas en que parte cada vez más creciente de la población participan y que afectan su esfera privada, personal o patrimonial, hace que también la propiedad tenga un rol muy significativo -!extensivamente significativo!- en la sociedad moderna.

La propiedad con protección jurídica, que no hay otra, -no hay propiedad sin protección jurídica, lo demás es pura teoría- permite reducir conflictos entre deseos o pretensiones de uso y goce de los bienes más diversos. Donde hay escasez se requieren reglas de propiedad, sea pública o privada. En su sentido más elemental, la propiedad es un orden acerca de



las facultades de uso, goce y disposición de los bienes, como lo definieron los romanos. Esas reglas son esenciales para garantizar ámbitos de autonomía y una convivencia pacífica.

Sobre la base de estas consideraciones, que alternativamente, en mi opinión, desmitifican la fundamentación de la propiedad como una institución humana sacrosanta, o su descalificación como instrumento de dominación, quisiera hacer algunas reflexiones acerca del estatuto jurídico constitucional, en lo que mi competencia permite.

Si se asume que la propiedad es una institución humana creada por el derecho para satisfacer ciertos fines bien importantes, es necesario tomar en cuenta cuáles son sus condiciones de eficacia en el cumplimiento de sus fines y funciones.

La propiedad cumple la función social e individual de definir lo tuyo, lo mío, lo común y también lo estatal. La delimitación de ámbitos de exclusividad requiere de reglas de derecho. Sin esas reglas, como dice Waldron, la planificación, la cooperación, la producción y los intercambios son prácticamente imposibles o posibles sólo en formas temerosas y truncadas, como son los mercados negros.

En las democracias constitucionales se suele asumir que la propiedad es el supuesto de una sociedad en que las decisiones económicas están descentralizadas. Como las conexiones neurológicas del cerebro, parte esencial de nuestra vida de relación no responde de un designio central, sino que tiene una forma de coordinación sustentada en instituciones que no nos dicen cómo actuar, sino que nos señalan el marco dentro del cual actuamos.

La propiedad es crítica en el cumplimiento de esa función. Y para cumplirla, su ordenamiento legal debe tener, en mi opinión, una ascética estructura formal, que es clásica del derecho civil histórico chileno y comparado, porque ocurre que la incertidumbre acerca de los derechos de propiedad afecta el corazón del sistema comunicativo de la economía y afecta inevitablemente la paz social.

Este no es un problema ideológico, en mi opinión, aunque puede ser definido como tal, sino esencialmente económico y sociológico. Desde el punto de vista constitucional, concebida como derecho la propiedad es una garantía de autonomía, pero su función social es mucho más amplia, y también exige reglas ciertas de atribución, de atribución de propiedad y delimitación de la propiedad. Un alto grado de formalismo jurídico es connatural, por consiguiente, a la institucionalización de la propiedad.

En Derecho Civil, es raro encontrar una disciplina en la cual las respuestas siempre sean en blanco y negro. En derecho de propiedad, en general, las respuestas son en blanco y negro: es propietario, no es propietario. Lo que hace el Derecho es reducir la incertidumbre.

Por cierto que subsiste en una nueva conformación, la antigua idea aristotélica de que la sociedad no sólo reconoce propiedad, sino que debe ocuparse de los más desventajados y cumplir funciones esenciales de bien general.

El interés público por lo común lleva al derecho moderno a un amplio ámbito de regulaciones en materias urbanísticas, ambientales, eléctricas, telefónicas. La lista es interminable.

Además, mediante el sistema tributario, que supone implícitamente -lo damos verdaderamente siempre por supuesto- una legítima apropiación por el Estado de recursos privados, es posible cumplir funciones distributivas y otras de interés general.



A ello se agregan naturalmente las razones funcionales ya referidas, porque el sistema económico no puede satisfacer su tarea sin reglas que neutralicen los monopolios, porque son estructuras ilegítimas e ineficientes de poder privado. En otras palabras, la propiedad en el derecho moderno convive con las regulaciones.

Por eso, los derechos de propiedad tienen su límite en regulaciones legales y administrativas, por un lado, y en la tributación por otro. Ambos son esenciales en una sociedad que se basa en el principio de que las libertades deben ser completadas con políticas públicas que favorezcan la igualdad de oportunidades y neutralicen los efectos de desigualdad de un sistema basado en los principios clásicos de derecho privado. Éste es el principio rawlsiano, en que se soportan todas las principales democracias constitucionales efectivas.

No debe extrañar que los textos constitucionales más reconocidos reconozcan, enfáticamente, el derecho de propiedad, por un lado, contemplando a la vez la posibilidad de expropiarla por razones de interés general, con una compensación en dinero equivalente al valor del bien, y autorizan limitarla por ley mediante regulaciones de interés general.

Es especialmente interesante que la función del derecho positivo, como límite de la propiedad, opera de una manera más negativa que imperativa. La propiedad supone un ámbito de autonomía, que difícilmente es compatible con regulaciones que afecten positivamente el arbitrio del propietario. La ley puede establecerle ciertos deberes positivos, como ocurre por ejemplo con las obligaciones tributarias y algunas regulaciones ambientales.

Pero la regla general es que la ley actúa más bien negativamente, como límite a la discreción del propietario en el uso, goce y disposición de las cosas de su dominio, como límite negativo.

La propiedad pierde su función si se le establecen fuertes deberes positivos, si se le conecta a fuertes deberes positivos. Por eso, no parece fértil -esto es un tema que me interesa simplemente porque hay un momento en que probablemente es más propio para discutirlo-, no me parece fértil configurar el Estado Social bajo la regla “la propiedad obliga”, como lo hizo la Constitución de Weimar.

La Constitución alemana después de la Primera Guerra, cuya formulación reitera la Constitución alemana actual, Artículo 14, Párrafo 2: la propiedad obliga su goce de servir al bien general. Esta fórmula parece muy atractiva, sin embargo en la práctica basta ver la historia de Alemania, para darse cuenta de cuál es la eficacia práctica que puede tener esta regla.

Bajo Weimar, la norma fue letra muerta, hasta que llegaron los nazis. Los nazis establecieron una relación absolutamente indisoluble entre un capitalismo monopolista y el Estado. Y el principio de que la propiedad obliga, naturalmente que potencia ese propósito político.

Bajo la actual Constitución de Bonn, en la larga doctrina y jurisprudencia constitucional, se ha entendido la regla simplemente como una mera expresión del Estado Social. La extensa jurisprudencia constitucional no ha inferido de esta regla deberes concretos.

Es sintomático a este respecto que un comentario que aprecio mucho -en verdad es un muy buen comentario, además sintético- de la Constitución alemana, el de von Münch/Kuning Sexta edición, 2012, dedica una página al Artículo 14, Inciso Segundo, el que dice que la propiedad obliga. Una página, frente a las veinte y tantas páginas sobre expropiación



y otras tantas sobre el alcance del derecho de propiedad frente a las limitaciones legales.

El verdadero problema constitucional, por consiguiente, no radica en una redefinición del concepto civil de propiedad, ni tampoco en la legitimidad de la política democrática para establecer regulaciones que afecten los derechos de propiedad, sino en la determinación de los límites de intrusión compatibles con la naturaleza y función del Derecho.

En la frontera se encuentran dos cuestiones fundamentales: el problema de atribución social de cargas, como exigencia de justicia política, y el ámbito legítimo de discreción de la política por el otro lado, de la política democrática legitimada democráticamente.

Los problemas básicos que plantea la aplicación práctica del derecho de propiedad son, entonces, los límites entre el derecho subjetivo y la regulación, que se manifiestan al menos en tres ámbitos.

Primero, en las regulaciones que son incompatibles con la afirmación del Derecho.

Segundo, en el umbral en que una regulación afecta de tal modo el Derecho, que debe ser funcionalmente asimilada a una expropiación.

Tercero, en la exigencia positiva que se le plantea al Estado de garantizar la propiedad.

Estos problemas no se pueden definir mediante reglas precisas, ni tampoco es posible hacerlo con recurso a la idea de esencia del Derecho, que ha sido un fantasma que ha dado vueltas por el constitucionalismo chileno, en mi opinión, por largo tiempo, porque en verdad no hay ontología subyacente a la propiedad que permita definir su esencia. Supone como si tuviera un ser ideal, un ser ontológico que pudiera ser descubierto. En verdad, los criterios de afirmación de la propiedad y de la limitación de la propiedad, son más bien pragmáticos.

Las alternativas a nivel de texto constitucional son simples. O bien se entregan señales a la justicia constitucional para la medición de esos umbrales, como por ejemplo lo hacen la Constitución de Suecia y la Constitución Suiza.

Aun sin que exista una regla explícita, el límite entre regulación que debe ser soportada como carga social y la que tiene el efecto de privar indirectamente de la propiedad, estableciendo de paso una desigualdad en las cargas públicas, debe ser establecida necesariamente por la jurisprudencia, no hay otro camino.

Por eso es tanto o más importante que la forma que se le dé a la redacción del derecho de propiedad en la Constitución, es el procedimiento de selección de los jueces constitucionales.

La determinación del derecho de propiedad, qué es el derecho de propiedad, pertenece al mundo de la cultura jurídica, y su ejecución necesariamente, en un terreno de disposiciones que son normativas e indeterminadas, a los jueces constitucionales.

Los mecanismos para fijar los límites en algunas constituciones son muy diversos. En el Derecho Comparado hay criterios cuantitativos: equis por ciento de disminución de valor de la propiedad en razón de la regulación, por ejemplo.

Criterios cualitativos, privación de un retorno razonable, como en Finlandia, protección de la confianza, como ha dicho alguna jurisprudencia; el caso del Tribunal Constitucional alemán, que cautela el interés de quien ha invertido confiando en la mantención de la regulación vigente.



Pero los criterios determinantes parecen ser proporcionalidad e igualdad ante las cargas públicas. Ambos han sido progresivamente incorporados por nuestra propia jurisprudencia constitucional, que ha abandonado los criterios esencialistas a los cuales me refería, que sólo tautológicamente pueden ser transformados en reglas por una jurisprudencia constitucional.

En definitiva, aunque no haya regla acerca de los límites entre regulación compatible con la propiedad y la que no lo es, es tarea del tribunal de competencia constitucional establecer esa frontera.

Así ocurrió, por ejemplo, en Alemania, que es el Derecho Constitucional que he seguido más de cerca y por lo tanto me permito remitirme una y un par de veces a él, donde no existe norma constitucional sobre cargas exorbitantes, pero la jurisprudencia ha introducido criterios altamente diferenciados a partir de un concepto que desarrollaron los propios jueces, que es intervención expropiatoria. Vale decir, aquellos casos en que la regulación llega a tanto que debe ser considerada expropiatoria.

El punto crítico es siempre el mismo: el derecho de propiedad es compatible con regulaciones con la sola condición de que no se afecte el interés privado más allá del límite del Derecho, al menos más allá del límite en que el Derecho ya no es reconocible, lo que usualmente se traduce pragmáticamente en una significativa pérdida de valor, lo que también explica que el punto de quiebre sea por general estrictamente económico, ¿cuál es la regulación legal aceptada? ¿Cuál es la regulación legal no aceptada?

Para finalizar, quisiera reiterar que en la protección constitucional de la propiedad no sólo está envuelto un bien personal, que se expresa en un derecho de inmunidad, aun cuando se hace valer como derecho de inmunidad, sino un interés social, porque la propiedad es soporte de un subsistema económico que resulta crítico para el bienestar de la sociedad en su conjunto.

Los derechos constitucionales, por cierto, deben dejar espacio a la política democrática. Es importante anotar que el control de estos espacios de discreción legislativa no es de mérito, sino normativo. Hasta aquí se puede llegar. Los juicios no valoran las políticas públicas. Lo que hacen los juicios es determinar si esas políticas públicas sobrepasan el límite o no sobrepasan el límite de lo admisible.

No hay Tribunal Constitucional que juzgue la calidad de las políticas públicas, sino sólo sus límites. Por tanto, no hay tampoco garantía constitucional frente a políticas erradas. La posibilidad de corregir esos errores no es un problema del derecho constitucional, sino una de las virtudes de la democracia.

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Gracias, profesor Barros.

A continuación, vamos a escuchar el comentario del profesor Arturo Fernandois, quien es Licenciado en Derecho por la Universidad Católica de Chile. Cursó estudios de postgrado en la Universidad de Harvard, donde obtuvo el grado de

Máster en Administración Pública. Fue profesor visitante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, entre 2004 y 2005. Actualmente, es profesor titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, y Director del Departamento de Derecho Público de esa misma Facultad.

Es autor de varios artículos y libros de su especialidad, entre ellos “Derecho Constitucional Económico”, muy relacionado a la materia que estamos viendo ahora. Consta de dos tomos publicados en el año 2001, y luego reeditados el 2006 y el 2010. Fue Embajador de Chile en Estados Unidos, entre los años 2010 y 2012.

Profesor Fermendois.

PROFESOR ARTURO FERMANDOIS VÖHRINGER: Muchas gracias, profesora Ana María García. Agradezco mucho la invitación que me hace esta Facultad y el Departamento de Derecho Público, que dirige usted. Es una oportunidad valiosa para contribuir en esta casa de estudios en un tema tan apasionante.

También es un honor efectuar mis comentarios después de la profunda y sugerente exposición del profesor Enrique Barros.

Mi intención en esta presentación es bajar a un terreno más mundano en lo jurídico, y hacerme cargo de una especie de percepción que circula en torno a la idea de un proceso constituyente, uno de cuyos ejes sería eventualmente la revisión del estatuto constitucional de la propiedad.

Me voy a hacer cargo -como explicaba- de una especie de afirmación que circula imperceptiblemente en el ambiente jurídico, que es la siguiente: la Constitución de 1980 contendría un derecho de propiedad absoluto, sobreprotegido, exageradamente tutelado; lo que justificaría su revisión, su reconfiguración y su cambio.

Mi tesis al respecto es que el derecho de propiedad en la Constitución actual está correctamente tratado. Sin embargo, no parece existir una reflexión que recoja esta idea -en este sentido me declaro minoritario- en la percepción del ambiente académico-político pre proceso constituyente, y estamos en las vísperas del proceso constituyente, según se nos ha explicado oficialmente.

Voy a sustentar mi tesis en cinco afirmaciones.

La primera afirmación al respecto la ha anticipado con maestría el profesor Enrique Barros, y es la siguiente: el derecho de propiedad como garantía constitucional es una reacción al antiguo régimen. Es un derecho -una institución histórica plantea el profesor Barros- cuya génesis jurídica proviene en lo inmediato de la Revolución Francesa y es una reacción contraria al antiguo régimen, en oposición al sistema de propiedad feudal y al sistema de propiedad real.

Correctamente, como señaló mi antecesor en esta testera, la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 dice en su Artículo 17 que la propiedad es *“un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y con la condición de una justa y previa indemnización.”*

Aquí tenemos una enunciación vigorosa de la propiedad, nada menos que en esa temprana declaración de derechos tan importante para el mundo constitucional moderno.

La Constitución francesa *de la montaña*, en 1793, ya sostenía que el derecho de propiedad es aquel que pertenece a todo ciudadano para gozar y disponer libremente de sus bienes, rentas, industrias y del fruto de su trabajo.



Luego, cuando se lee a Ripert y su concepto de orden público económico, es ilustrativo repasar su comentario al Artículo Sexto del Código Civil francés de 1804, que prohíbe a las convenciones particulares derogar aspectos de orden público. Al indagar sobre cuáles son los aspectos del orden público, Ripert propone que uno de esos elementos es la propiedad, porque su significación político-jurídica es profunda en torno a erradicar las instituciones del antiguo régimen.

Esto se complementa luego en la Constitución francesa de 1795: el derecho de propiedad es el derecho a gozar y disponer de sus bienes, de sus ingresos, del fruto de su trabajo y de su industria. Naturalmente, el Código Civil francés dispone en su Artículo 537 que los particulares tienen la libre disposición de los bienes que les pertenecen, bajo las modificaciones establecidas por las leyes.

Tenemos entonces que esa reacción democrática llamada Revolución Francesa, al menos en el planteamiento jurídico, tiene a la propiedad dentro de sus ejes centrales. Sería largo repasar cómo John Locke, por ejemplo, influyó también en esta redacción y cómo impactó directamente en la redacción tanto de la Constitución norteamericana, como en la de su Décimo Cuarta Enmienda que ratifica -casi 100 años después- que el Estado no podrá privar a ninguna persona de su vida, libertad o propiedad.

Esto es exactamente lo que plantea Locke en su *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. También Rousseau repite la fórmula de vida, propiedad y libertad. O sea, la propiedad está nada menos que en torno a estos dos derechos que siempre hemos considerado naturales. No es el tema de esta ponencia acreditar o refutar si se trata de un derecho natural o de una creación histórica. Lo que sostengo es que la propiedad es un elemento central en la reacción liberal frente a la monarquía absoluta.

Una segunda afirmación la planteo respecto a las limitaciones al dominio. Me parece que la totalidad del derecho de propiedad comprende cuatro temas o elementos: la afirmación de su existencia, el estatuto de la expropiación, las limitaciones no indemnizables del dominio y en algunos casos el derecho a la propiedad y estatuto estatal del régimen de dominio público. De estos me extenderé sobre el más sensible, que es el de las limitaciones no indemnizables al dominio, porque eso nos traslada al problema del Artículo 14 números 1 y 2 de la Ley Fundamental alemana, o al 19 número 24, inciso segundo, de la Constitución de Chile, relativo a la función social.

Afirmo aquí lo siguiente: ya la Constitución de 1925 limitó la propiedad por el progreso social y la utilidad pública. Los autores que revisan la redacción de la Constitución de 1925, y en particular el texto del Artículo 10 número 10, recuerdan cómo se fue haciendo necesario compatibilizar el fenómeno urbano e industrial, con la afirmación clásica del derecho de propiedad. Así, fue necesario agregar a la Constitución de 1925 que este derecho también estaría limitado por razones de orden social.

El texto original (distingo entre la redacción original de la Carta 1925 y los textos reformados en 1963 y 1967) del inciso tercero del Artículo 10 número 10 decía:

“El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública”

Como se observa, no aparece en 1925 la función social, pero sí existe la utilidad pública. Los autores explican que utilidad pública es un concepto más tangible, incluyendo la autorización del Estado para abrir nuevas calles; la autorización del Estado para construir; la autorización del Estado para emprender construcciones urbanas, todas estas que parecían fenómenos nuevos en los albores del Siglo XX.

Planteo una tercera afirmación consistente en que la función social de la propiedad es una institución que llega como tal a Chile sólo en la Reforma Constitucional de 1967 (Ley 16.615). Es decir, la Carta de 1925, que algunos levantan como un modelo a seguir en esta materia, estuvo 42 de sus 48 años de vigencia sin una referencia a la función social de la propiedad.

Sabemos que la función social es un concepto proveniente de la Doctrina Social de la Iglesia, pero que también fue planteado originalmente por León Duguit en ese famoso libro *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*. En aquella conferencia que dio en la Universidad de Buenos Aires en 1919, sostuvo que la función social de la propiedad no es un atributo de la propiedad, sino más bien es la misma propiedad.

Si uno revisa el añoso libro de León Duguit, éste propone que la propiedad no es ya, en el Derecho Moderno, el derecho intangible o absoluto que el hombre poseedor de riquezas tiene sobre ellas. Si bien reafirma que la propiedad es la condición indispensable de la prosperidad, de la grandeza de las sociedades, y que las doctrinas colectivistas son la vuelta a la barbarie, la propiedad no sería un derecho, sino que es en sí mismo una función social. Y aquí está asentada la piedra angular de esta concepción, consistente en que el derecho de propiedad tendría una limitación especial, distinta a los demás derechos individuales o constitucionales, consistentes en la función social. De este modo, afirma Duguit, ese derecho sólo estará protegido en la medida que sirva al interés social. Si no sirve al interés social, entonces no le cabe ser protegido.

Ésta es una tesis que llega amainada al texto de la Constitución de 1925 a través de las reformas de 1967, que introdujeron la función social de la propiedad, sosteniendo que esta “*comprende cuanto exija los intereses generales del Estado, la utilidad y salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas [un concepto vago] en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes.*” Estas dos últimas frases resultaron extirpadas en la redacción por la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución.

Recapitulando, esta tercera afirmación consiste en que la función social, como concepto, llega en 1925 como utilidad pública, y estrictamente como función social solo en 1967 mediante una reforma. El texto fue naturalmente considerado al momento de la redacción de la Constitución de 1980, tanto por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, como por la Subcomisión de Propiedad que presidía el profesor José María Eyzaguirre.

En esta Subcomisión se planteó el siguiente problema: ¿Qué hacemos con la función social? Se escucharon distintas opiniones. Lo interesante (pero poco conocido más allá de las aulas de las facultades de derecho) es que la Subcomisión de Propiedad resolvió mantener este concepto en la nueva Carta, introduciendo algunos toques quirúrgicos a los que les atribuyó algún efecto de acotamiento del concepto, pero que a mi juicio no produjeron en la práctica tal consecuencia, como lo voy a probar después. Se mantuvo entonces el concepto de función social, en primer lugar; se conservó la utilidad y salubridad públicas; se mantuvo el concepto de intereses generales ya no del Estado sino de la Nación (“cuánto exijan los intereses generales de la Nación”), un concepto constitucional amplio; además se agregaron la seguridad nacional y la conservación del patrimonio



ambiental, este último para hacerlo coincidente con el Artículo 19 número 8 de la nueva Constitución.

Es decir, tenemos hoy día una función social que limita al derecho de propiedad en términos, a mi juicio, bastante amplios y no estrechos, quizás excesivos, lo que no evita la exigencia de compatibilizar estas limitaciones con la garantía de la igualdad ante las cargas públicas.

Por lo tanto, mi cuarta afirmación es que la Constitución de 1980 mantuvo una expresión vigorosa de la función social como límite a la propiedad. Consideremos que la Subcomisión de Propiedad, en un informe del año 1975, concluyó a este respecto lo siguiente:

1. *La función social de la propiedad es inherente al derecho mismo, razón por la cual debe buscarse una fórmula que así lo exprese en el texto fundamental y en las leyes;*
2. *La función social mira al bien común, concepto que tanto el legislador como los tribunales deberán aplicar con la debida flexibilidad que la evolución haga necesaria, dentro de su propio campo de acción;*
3. *Estando obligado el propietario de utilizar los bienes conforme al bien común, las limitaciones que se establezcan al ejercicio del derecho sobre esta base, no son susceptibles de indemnización. En cambio, existe derecho a ser indemnizado cuando se afecta a la esencia del derecho de propiedad quedando el titular privado de él o de una parte del mismo”.*¹

Estas son las tres conclusiones del informe de la Subcomisión de Propiedad enviado al seno de la CENC (Comisión de Estudios de la Nueva Constitución), en que participó el profesor Pedro Jesús Rodríguez y obró como Presidente don José María Eyzaguirre.

Estoy recordando esto porque, naturalmente, fuera de las aulas de Derecho y fuera de los departamentos de Derecho Público, a veces se omite este antecedente, sugiriendo lo contrario en materia de función social; en efecto, se suele repetir que estaríamos frente a un derecho de propiedad exageradamente tutelado en la Ley Fundamental.

Por esto nos dirigimos a una quinta afirmación. Esta consiste en que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha interpretado amplia y flexiblemente la función social, llegando incluso excepcionalmente, a mi juicio, a extremos bastante dudosos y objetables.

En términos generales, para tomar un referente (podríamos tomar otros, como los tribunales ordinarios de justicia, la Contraloría General de la República o los tribunales internacionales con sentencias vinculantes para Chile) consideremos lo fallado por el Tribunal Constitucional, especialmente en ejercicio del control preventivo de proyectos de ley.

Aquí la evidencia es notable para acreditar la afirmación que hacemos. Si uno revisa la jurisprudencia, en favor de la propiedad aparecen los fallos clásicos *Publicidad Caminera I*²; *Publicidad Caminera II*³; *Playas I*⁴ de 1996. Está también el fallo del año 2003 *Impacto Vial*⁵, como lo hemos bautizado los profesores.

1. Informe de la Subcomisión de Reforma Constitucional relativa al Derecho de Propiedad, 27 de junio de 1975, incorporado como anexo documental en la sesión N° 148 de la CENC. En *Historia de la Ley. Constitución Política de la República de Chile de 1980 Artículo 19 N° 24. El Derecho de Propiedad* (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, versión en PDF), p. 136.

2. Sentencia Rol N° 146/1992.

3. Sentencia Rol N° 167/1993.

4. Sentencia Rol N° 245/1996.

5. Sentencia Rol N° 370/2003.



Pero estas cuatro sentencias, que son las únicas importantes en materia de propiedad (salvo los casos *Deuda Subordinada* y *Rentas Vitalicias* que expongo más adelante), recaen sobre la constitucionalidad de decretos supremos, donde el elemento central de discusión no es la extensión de la propiedad, sino la reserva legal como principio constitucional.

¿Debe imponerse esta obligación a través de una ley? ¿O cabe aceptarle al Presidente de la República que disponga por decreto que un letrero caminero se traslade a tal distancia del automovilista que haga ilusoria la actividad económica respectiva? ¿O este rol le cabe en todo caso solo a la ley? ¿Cabe imponer al propietario ribereño una franja para el tránsito público hacia la playa, como bien nacional de uso público, por decreto? ¿O debe el Decreto Ley N° 1.939, sobre bienes nacionales, incluir alguna referencia al respecto?

Esas fueron las discusiones. Lo mismo en *Impacto Vial*, que trató sobre una disposición que obliga a aprobar un impacto vial para urbanizaciones, pero que no se incluyó en la Ley General de Urbanismo y Construcciones, sino que a través de su Ordenanza. En todos estos casos el Tribunal Constitucional sentenció primeramente sobre reserva legal, y no sobre el balance propiedad-función social.

¿Cuáles son las sentencias reales sobre propiedad? ¿Cuáles son los únicos fallos en control preventivo favorables a la propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional? En mi investigación, que se limita fundamentalmente al control preventivo -porque en inaplicabilidad hay más casos-, solo aparecen los fallos *Deuda Subordinada* de 1995⁶ y *Rentas Vitalicias* de 2001⁷.

En el primero, un proyecto de ley que derogaba una facultad de capitalización de acciones por parte de los accionistas, fue estimado contrario a los contratos de sociedad que habían sido previamente firmados. Esto ocurrió en 1995, o sea, aproximadamente hace veinte años. En el año 2001, el fallo *Rentas Vitalicias* resolvió en relación a un proyecto de ley que innovaba un sistema regulatorio muy asfixiante de compra de rentas vitalicias, que fue considerado contrario a la propiedad.

No recuerdo otros fallos importantes. Pero si uno busca jurisprudencia en favor de la función social, con el objeto de justificar la afirmación que hemos planteado, consistente en que los tribunales han aplicado con generosidad este concepto, la lista es larga.

En esta línea de respaldo a la función social, en materia de urbanismo está el fallo *Cesiones Gratuitas* del año 1997⁸, y la sentencia *Catalíticos*⁹, también sobre el tópico de la reserva legal, pero que a su vez abordó el derecho a la salud y la propiedad sobre los automóviles, rechazado el requerimiento. Un fallo muy importante de 2007 en inaplicabilidad, *Panguipulli con Transelec*¹⁰, en el que una ley intervino los precios de un contrato de distribución eléctrica vigente, también favoreció al legislador. Después de una interesante disquisición sobre la expropiación regulatoria, el entonces Ministro redactor del voto de mayoría, hoy profesor, Jorge Correa Sutil, estimó que no hay vulneración de la propiedad.

Aparece luego el fallo *Playas II*¹¹, del año 2009, cuyo voto de mayoría consideró precisamente, como decía el profesor Barros, la igualdad ante las cargas públicas. El Tribunal sostuvo que no hay una infracción a la propiedad, porque la

6. Sentencia Rol N° 207/1995.

7. Sentencia Rol N° 334/2001.

8. Sentencia Rol N° 253/1997.

9. Sentencia Rol N° 325/2006.

10. Sentencias Roles N°s 505-506/2007.

11. Sentencia Rol N° 1141/2008.



utilidad pública permite imponer una franja de acceso a la playa. A pesar de que la ley lo dispone “gratuitamente”, el fallo resuelve que ello no significa que el afectado no pueda demandar al Estado para obtener una retribución por esa imposición forzosa. Es decir, le impone una segunda carga, que es demandar al Estado en un juicio ordinario, sin una ley precisa que le vaya a permitir a un juez autorizar la indemnización. Todo esto en favor de la función social, para hacerla primar sobre la extensión del dominio.

Por último encontramos las famosas sentencias de monumentos nacionales o *Palacio Pereira*¹², en que la Corte Suprema había estimado inaplicable, en uno de sus últimos fallos del 2004, los Artículos 11 y 12 de la Ley 17.288. Pero el Tribunal Constitucional resolvió luego, en estrechísima votación, que las intensas limitaciones de esta ley caben dentro del concepto de función social. ¿Qué preceptos? Aquellos que facultan al Consejo de Monumentos Nacionales para declarar Monumento Nacional un inmueble, e impedir que se haga cualquier cosa respecto de ese inmueble por parte del propietario sin permiso del Consejo de Monumentos Nacionales, e imponiendo la obligación de mantenerlo en perfectas condiciones, bajo apercibimiento de una multa. Todo esto fue considerado constitucional en virtud de la función social, haciéndola primar.

El fallo *Santa Beatriz*¹³, que también aplica la ley de monumentos nacionales, pero para efectos distintos, participa de la misma filosofía. Es decir, si interesa a la comunidad toda un determinado monumento, o la preservación de una zona típica, y se le impone al propietario limitaciones que hacen irreconocible su derecho, aquello ha sido considerado constitucional en razón de la función social, por votos de mayoría del Tribunal Constitucional.

Se ubica un último fallo, como conversaba con el profesor Guiloff, el caso *Molinera del Norte*¹⁴, donde la Ley General de Urbanismo y Construcciones obliga a trasladar industrias de una zona a otra, y el Tribunal Constitucional, en estrechísima votación, estimó ese precepto legal conforme a la Carta. Todos estos antecedentes confirman la sucesión uniforme de sentencias que expanden la función social del dominio.¹⁵

¿A qué voy con todo esto? A subrayar que para algunos promotores de la reconfiguración del derecho de propiedad en una eventual futura Carta, esto que he relatado debe serles sorprendente. Como es también sorprendente la encuesta comunicada por la Universidad del Desarrollo hace pocos días, que sostenía que el 74% de las personas -en un universo de 1000- no sabe qué contenidos tiene la Constitución, un 67% no sabe lo que es la separación de poderes del Estado y un 82% no sabe lo que es una Asamblea Constituyente.

Hay una ignorancia constitucional general que nosotros estamos obligados a ilustrar. Si se propone hacer reformas al derecho de propiedad, es fundamental tener previamente una opinión fundada e ilustrada al respecto.

El Programa del actual Gobierno propone que la propiedad se oriente al bien común, aparentemente en la lógica alemana más que en la lógica de la función social, distinción que pocos consiguen explicar. Dejemos mejor que con los profesores que me acompañan en la testera comentemos esa disquisición, pero quizá no tiene una justificación de fondo este matiz conceptual al tener la jurisprudencia que hemos comentado.

12. Corte Suprema, sentencia Rol N° 4309/2002.

13. Sentencia Rol N° 2299/2014.

14. Sentencia Rol N° 2644/2014.

15. Con posterioridad a la realización de esta ponencia, el Tribunal Constitucional dio a conocer su sentencia Rol N° 2684, en la cual declaró inaplicable el inciso segundo del artículo 62 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, por vulnerar las garantías del derecho de propiedad del artículo 19 Nos. 24 y 26. El precepto declarado inaplicable dictaba: “Las industrias mal ubicadas, que causen molestias o daños al vecindario, deberán trasladarse dentro del plazo que les señale la Municipalidad, previo informe del Departamento de Higiene Ambiental del Servicio Nacional de Salud y de la Secretaría Regional correspondiente del Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Este plazo no será inferior a un año.”.

Quiero terminar expresando que me parece que el problema actual de la propiedad, en su jurisprudencia y habiendo acreditado que existe esta limitación por causal de función social, emerge por el lado de la igualdad ante las cargas públicas.

Permanentemente se ve tensión de igualdad ante las cargas públicas. Hoy, por ejemplo, emerge tanto en el proyecto de gratuidad de estacionamientos, como en muchos otros proyectos, tal como ocurrió con la reforma tributaria y su sistema de presunciones de rentas forzadas.

El interés nacional, la utilidad pública, la conservación del patrimonio ambiental exigen imponer determinados gravámenes. La pregunta aquí es: ¿quién soporta esos gravámenes? ¿Cuál sería la justificación ética de imponerlos sólo a algunos y no a otros?

Este es el tema que nos llevó, en invitación del profesor Barros cuando era Presidente del Colegio de Abogados, a recurrir al Tribunal Constitucional para pedir la inaplicabilidad y luego derogación del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, sobre el turno de los abogados. Tuve el honor de patrocinar ese requerimiento y alegar esa causa ante el Tribunal Constitucional. Obtuvimos sentencia favorable y dicha norma se derogó porque sostuvimos que ese turno, que es muy necesario para la gente que no puede procurarse defensa judicial por sí misma, el Estado no lo puede cargar sólo a un grupo de personas llamados abogados, sin remunerarlo. El Tribunal nos encontró razón y el precepto fue derogado.

La tensión futura sobre la propiedad, entonces, no provendría de la extensión de la función social, ya bastante asentada, sino del respeto a la igualdad ante las cargas públicas.

Este es el problema que hoy está detrás, por ejemplo, cuando se propone imponer respecto de los estacionamientos actualmente construidos (no a los estacionamientos que se van a construir) una gratuidad sobreviniente. ¡Perfecto! Al Estado le interesa. ¡Legítimo! Pero, ¿por qué lo va a soportar sólo y exclusivamente el propietario? Este es el problema ético, jurídico y constitucional que enfrenta el derecho de propiedad en este momento.

Espero haber motivado la discusión con estas afirmaciones actualizadas y que apuntan a aportar antecedentes en las vísperas del proceso constituyente.

Muchísimas gracias.

...Aplausos

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muchas gracias, profesor Fernandois.

A continuación, escucharemos el comentario del profesor Matías Guilloff Titun, quien es Abogado de la Universidad Diego Portales, obtuvo un Máster en Derecho en la Universidad de Columbia, y es Doctor en Derecho por la Universidad de Arizona.

Su tesis doctoral versa sobre la protección del derecho a la propiedad privada, por medio del diseño del proceso legislativo en la Constitución de 1980.

Actualmente se desempeña como docente e investigador del proyecto “Gobierno, Derecho y Mercados”, en la Facultad de



Derecho de la Universidad Diego Portales, donde imparte las Cátedras de Derecho Administrativo y Derecho Ambiental.

Ha publicado numerosos artículos en revistas y libros nacionales e internacionales, sobre Derecho Constitucional, Administrativo y Ambiental.

Su investigación se enfoca en la intersección entre el derecho a la propiedad privada y la intervención gubernamental.

Adelante, profesor.

MATÍAS GUILLOFF TITIUN: Primero que todo quiero muy de corazón agradecer la invitación que se me extendió a comentar la espléndida presentación del profesor Barros, y también compartir testera con un distinguido jurista como es el profesor Fermandois.

Quiero contarles, como relató recientemente la profesora García, que yo soy profesor de Derecho Administrativo y de Derecho Ambiental. De alguna manera, eso implica un sesgo en la manera en que uno se acerca a los temas de propiedad.

Mis anteojos para ver los temas de propiedad son, si se quiere, desde el punto de vista de la intervención en la propiedad. El Derecho Administrativo en buena parte, y el Derecho Ambiental suponen algún tipo de intervención, así que tengo que ser honesto en cuanto a ese sesgo.

Les cuento, más menos, cuál va a ser el derrotero que pienso seguir en los próximos minutos. En primer lugar, quiero tocar tres puntos teóricos previos que a mí me parecen indispensables de aludir cuando uno se refiere al derecho de propiedad.

Me pareció excelente la ponencia del profesor Barros, y me esforcé por tomar nota y hacer comentarios mientras él la iba desarrollando. Entonces quiero aprovechar de hacer algunos comentarios a la ponencia del profesor Barros y también quiero comentar aspectos que señaló el profesor Fermandois, recientemente.

En cuanto a los puntos teóricos, lo primero que hay que señalar es que cuando uno habla del derecho fundamental a la propiedad privada, uno no está hablando de cualquier derecho fundamental. Y aquí no estoy diciendo que el derecho a la propiedad privada sea el derecho más importante o el menos importante de la Constitución. Estoy diciendo, simplemente, como relata alguna literatura, que la propiedad es un derecho especial.

¿Y en qué sentido es un derecho especial? Aquí el profesor Barros me parece que da en el clavo. El derecho de propiedad tiene una lógica distinta a la de otros derechos. Si a mí se me protege, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión, ello no implica que a otra persona se le deje de proteger el derecho a la libertad de expresión, por regla general. Lo mismo sucede con la privacidad y con otros derechos.

En cambio, ¿qué sucede con la propiedad? Como la propiedad versa precisamente sobre el uso y goce de recursos escasos, ella implica una relación diversa a la que vemos con respecto a los otros derechos fundamentales. Está el tema que señalaba el profesor Barros, de qué es blanco y negro. Si se protege la propiedad, eso tiene un costo de oportunidad, una repercusión negativa sobre otra persona, y en ese sentido uno puede partir por afirmar que la propiedad es un derecho especial.

Ahora bien, una segunda cuestión que hay que señalar como un punto teórico relevante, es que en el estado actual de las cosas se usa el término de propiedad para hablar de cuestiones a mi juicio diversas. Porque una cosa es la propiedad



de bienes que pueden haber sido tranzados en un contrato, y que es quizá el sentido más clásico en el cual uno alude a la propiedad.

Pero hoy por hoy, con el advenimiento del estado regulador, el estado moderno y la creación de derechos de propiedad por parte del Estado, que van desde concesiones, permisos, autorizaciones e incluso pensiones, como que eso no puede ser asimilado. No es la misma propiedad ésa que la primera propiedad a la que estamos aludiendo, y eso debiera llevarnos a pensar si acaso es razonable hablar de propiedad para uno y otro caso. Ésa es una duda que yo creo que hay que plantearse.

En un sentido estamos hablando de propiedad que emana de transacciones libres entre sujetos, y en otro sentido estamos hablando de propiedad que es una criatura política, una propiedad que es creada por el proceso político para satisfacer fines de bien común.

Ahora bien, el tercer punto teórico es la íntima relación, a mi entender, que existe entre propiedad y democracia. Y sobre esto no hay una única postura. Para bastante literatura, la propiedad favorece la democracia, ¿Por qué? Porque la propiedad tiene el efecto de dispersar el poder del Estado. Y ahí están básicamente Friedman y otros autores.

Existen otros, sin embargo, que creen que la propiedad limita a la democracia, en el sentido de que allí donde existe propiedad, hay un límite a la discrecionalidad legislativa. Yo tiendo a compartir más esta última postura, y va a ser un punto importante en mi presentación, que va a generar algunos comentarios a lo señalado por los profesores Barros y Fernandois.

Tercer punto. En lo relativo a la ponencia del profesor Barros, me parece muy interesante que haya empezado a hablar de la función comunicativa de la propiedad, citando a Luhmann. Es interesante cómo muchas veces los autores y la literatura, se cruzan entre sí, sin que ella misma lo advierta.

Luhmann señala que la propiedad cumple una función comunicativa. Por otro lado, una autora estadounidense, una de las mayores expertas en derecho de propiedad en Estados Unidos, la profesora Carol Rose, señala que la propiedad es persuasión. No puede haber propiedad si es que el resto, si es que la comunidad política no está persuadida de respetar el derecho de uso exclusivo que tiene el propietario. En otras palabras, debe haber un reconocimiento de parte de la comunidad del derecho de uso exclusivo que tiene el propietario.

Ahora bien, en el tema del reconocimiento, porque debe haber un reconocimiento, como lo expresaré más adelante, creo que tiene algún sentido la idea de que la propiedad obliga también al dueño, que es básicamente la idea en que se sintetiza esta noción de función social del derecho de propiedad.

Un segundo punto muy interesante, que toca el profesor Barros, es el de la tragedia de los comunes, tema que a mí me personalmente me apasiona, dado mi interés por el Derecho Ambiental y el Derecho de los Recursos Naturales.

Lo cierto es que, como bien señala el profesor Barros, el primer autor al que se puede retrotraer esta idea de la tragedia de los comunes es al mismo Aristóteles. Está en Aristóteles la idea de que aquello que es usado por todos tiende a ser sobreexplotado.

Luego, en el Siglo XX uno encuentra diversos autores, sobre todo economistas que vuelven sobre la misma idea. ¿Y en qué están pensando ellos? En la pesca y en la sobreexplotación de los recursos pesqueros. Todo esto lo retoma Hardin en el año 1962. En otras palabras, Hardin no descubrió nada nuevo. ¿Cuál fue la gracia de Hardin? El rótulo, poner



el nombre, el cómo presentó el problema, porque verdaderamente es muy seductora esta manera de presentarlo: la tragedia de los comunes.

Ahora bien, en cuanto a la “tragedia de los comunes”, es interesante notar que como ha señalado alguna literatura, sobre todo literatura económica, ella ha dado origen a una segunda tragedia de los comunes. Les cuento cómo se produce este fenómeno.

Hardin dice que para evitar la tragedia de los comunes hay dos posibles alternativas de solución. Una es regular y otra es establecer derechos de propiedad. Pues bien, cualquiera que sea la que se adopte, ella supone algo que no es fácil. Ese algo que no es fácil que esto supone, es que una comunidad política logre el nivel de organización necesario para establecer un régimen de propiedad o un régimen desregulatorio e implementarlo.

¿Cómo es que una comunidad política podrá establecer un régimen de propiedad? Si es que es una comunidad pequeña -esto es lo que apunta últimamente la literatura de ciencias políticas, de cómo se vive en una tragedia de los comunes- una pequeña comunidad política puede tener sus propias reglas: comunidades, por ejemplo, de agricultores, de pescadores, en ciertas zonas de España, Estados Unidos o en India. Pero normalmente la manera en cómo se establecen regímenes de propiedad es a través del proceso legislativo.

¿Cuál es el punto? Este establecimiento de reglas de propiedad no es un ejercicio que se hace de una vez para siempre. Como las circunstancias de escasez de los recursos van variando, se hace necesario, de tiempo en tiempo, ir estableciendo redefiniciones y limitaciones a la propiedad, para que ésta sea funcional a sus objetivos, que no es otro que gestionar recursos escasos. Y ahí, en ese momento, en el momento en que se hace necesario redefinir o limitar la propiedad, es donde se tornan sumamente relevantes las reglas que estructuran la deliberación política en el proceso legislativo. Ahí mi visión es que están los límites más fuertes en nuestra Constitución.

Voy a tratar de fundamentar este punto, porque vamos a tener una diferencia con el profesor Fermanois, entonces para que la podamos discutir bien la voy a ir fundamentando más adelante. Ahora simplemente la adelanto para no perder el hilo de las ideas.

Un tercer punto que toca el profesor Barros es esta idea de que la propiedad reduce la incertidumbre. El rol crucial de la propiedad es reducir la incertidumbre, en que los ciudadanos sientan que no todo está a tientas.

Perp esta idea de la reducción de la incertidumbre genera su propio dilema. ¿Hasta qué punto? Porque hay un punto en que por proteger la certidumbre, la certeza, se puede generar un cierto inmovilismo en el régimen regulatorio, y si es que se genera un cierto inmovilismo en el régimen regulatorio, traspasado un cierto umbral de uso, la propiedad se puede tornar disfuncional incluso para sus propios objetivos, en el sentido de que traspasado un cierto umbral de uso, no va a servir como régimen regulatorio para la gestión de un recurso escaso. Por eso ahí es que el profesor Barros señala que la propiedad debe convivir con la regulación.

Se tiene que propender a la certidumbre, pero hasta un cierto punto. Porque fíjense que una vez que se traspasa ese punto, la propiedad se vuelve disfuncional a sus propios objetivos.

Luego, un cuarto punto es el relativo a la función social. He señalado una primera razón por la que a mí me parece importante la idea de función social, porque ella es la regla que de alguna manera plasma en la Constitución el rol



persuasivo, el rol comunicativo que ha de tener la propiedad. Para que todos podamos respetar el derecho de uso y goce exclusivo, uso y goce a disposición exclusivo que tiene el dueño sobre un recurso, se hace necesario un cierto reconocimiento. Y creo que la contrapartida a ese reconocimiento es justamente la regla que en ciertos supuestos la propiedad obliga.

Ahora bien, en segundo lugar, también creo que es inconveniente eliminar la regla de la función social, en el sentido de que siempre se va a requerir de algún título de justificación para poder limitar un derecho fundamental. A lo mejor se puede establecer un equivalente funcional, pero eso no se hace cargo de la primera objeción que he planteado, que es la del punto de la persuasión y el reconocimiento, que a mí me parece la más central.

Creo que esta idea de que la propiedad obliga, no hace nada más que comunicar una cuestión que también es parte de las reglas de vivir en sociedad. Que la función social permite limitar la discrecionalidad del propietario en el uso de un recurso -un punto al cual también aludió el profesor Barros- porque fíjense si es que el propietario tiene discrecionalidad absoluta sobre el uso de un recurso, paradójicamente no sólo puede terminar afectando a la comunidad, sino que también puede terminar afectando a otros propietarios. Es por eso que el Código Civil sensatamente también siempre ha hablado de límites públicos de la propiedad, de las limitaciones que puede establecer la ley.

Quinta cuestión, y aquí ya nos estamos acercando al tema más concreto de la práctica constitucional. La crucial pregunta en torno al límite entre regulación y expropiación. Aquí yo tiendo a estar bien de acuerdo con lo señalado por el profesor Barros. Creo que este control necesariamente ha de ser concreto.

No obstante, que ciertas constituciones han establecido ciertos criterios que permiten de antemano lidiar con este conflicto, me parece que todos esos criterios pueden tener problemas en la práctica de sobre o infra inclusividad. Creo que es muy difícil formalizar de antemano un supuesto que permita dar soluciones justas a los casos que se presenten en la práctica.

Y si es que este control ha de ser concreto, entonces ello me lleva consecuentemente a declararme totalmente enemigo del control preventivo de disposiciones que inciden sobre la propiedad ¿Por qué? Porque en el control preventivo uno no puede tener una noción real del impacto que va a tener la regulación sobre el propietario, uno tan solo puede especular acerca de ese impacto. No puede saber si es que a un propietario lo va a impactar especialmente.

Eso se conecta con el segundo punto en el que también estoy de acuerdo con el profesor Barros, que los límites a las limitaciones deben operar sobre la base de la igualdad ante las cargas públicas. Creo que el problema aquí no es uno de privación de propiedad, sino que más bien es uno de privación de valor. El dueño sigue reteniendo su propiedad. El tema es que vale bastante menos de lo que valía antes, y en ese sentido me parece que la igualdad ante las cargas públicas sincera mejor el problema que estamos enfrentando.

Hay un primer momento en que la jurisprudencia constitucional y la de la Corte Suprema tienden a ser coincidentes. Uno podría decir que hasta por ahí por el año 2004 hay una cierta alineación entre la jurisprudencia constitucional y la de la Corte Suprema, sin perjuicio que en materia de reserva legal el Tribunal Constitucional empieza a rebajar la exigencia desde el año 1997.

Pero lo que estoy diciendo es lo siguiente. Uno tiene, por ejemplo, en la década de los 80, los fallos Galletué; después, a principios de los 90, los fallos sacrificio de ganado. Posteriormente, el fallo Galletué 2, Casa Grande. Después el fallo Lolco.



En esa misma década de los noventa está el fallo de deuda subordinada. Y a principios de los 2000, tenemos también el fallo de rentas vitalicias en el Tribunal Constitucional. Y el último fallo de la Corte Suprema, que adopta una postura más protectora de la propiedad, es el fallo Maullín 1.

Desde ese punto en adelante viene el cambio, y el Tribunal Constitucional empieza a utilizar el criterio de la regulación expropiatoria, sin que jamás, hasta la fecha, haya declarado una regulación como expropiatoria.

Aquí no hay que perder de vista un dato crucial que yo creo que explica un poco estas líneas jurisprudenciales, y que tiene que ver precisamente con la integración que han tenido el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. Creo que es la integración la que explica la línea jurisprudencial. En ese sentido radica mi temor y escepticismo.

Ahora acaba de haber un cambio en el Tribunal Constitucional. El próximo año se va de la Corte Suprema el Ministro Pierry, y el Ministro Pierry es el autor de la tesis que no puede haber responsabilidad del Estado por igualdad ante las cargas públicas.

Entonces, mucho me temo que vamos a volver a una tesis absolutista de la protección de la propiedad. En otras palabras, vamos a pasar desde una posición absolutista protectora de la regulación, a una posición absolutista protectora de la propiedad. En otras palabras, mi temor es que podemos estar condenados a una suerte de eterna ley del péndulo, porque quizás existe -aquí hay que destacar los esfuerzos que ha hecho el profesor Fermandois- una deuda en nuestra doctrina en cuanto a desarrollar directrices operativas para estos campos, regulaciones expropiatorias e igualdad ante las cargas públicas.

Un último punto, y es el que ya había enunciado y ahora lo voy a desarrollar más ampliamente. Es cierto que tan solo en dos casos el control preventivo ha declarado inconstitucionales disposiciones de proyecto de ley por afectar el derecho de propiedad. Eso es totalmente cierto.

Ahora, el punto es que el control preventivo no sólo juega un rol cuando opera, sino que también la existencia de control preventivo incide sobre el proceso legislativo. ¿Y en qué sentido incide? En que los actores, el Gobierno, al ver que hay oposición a un proyecto de ley, lo que hace naturalmente es morigerar su impacto, da manera tal de que el Tribunal Constitucional no lo declare inconstitucional. Déjenme ponerles un ejemplo para que esto no suene tan metafísico.

El ejemplo más evidente que yo puedo encontrar es el de la reciente Ley de Inclusión. Si uno ve la reciente Ley de Inclusión, se va a fijar que como pocas veces el Gobierno fue súper cuidadoso en regular detalladamente la transición regulatoria. Aquellos dueños de colegio que no quieran seguir bajo el nuevo sistema, tienen derecho a vender su establecimiento en una transacción que va a ser avalada totalmente por el Estado. También se dan periodos de transición. Una serie de reglas que lo que hacen es evitar muchas veces el problema que subyace a los dilemas de regulación expropiatoria: el tema del cambio súbito, intempestivo de las reglas del juego, que incide sobre el valor de la propiedad.

Pero volviendo al punto principal, el tema del control preventivo creo yo que no es tanto cuando actúa su rol efectivo, sino que más bien su rol en la sombra, porque el rol en la sombra lo que hace es que de alguna manera lleva a la morigeración de los impactos regulatorios de disposiciones que se discuten en el proceso legislativo.

Por ejemplo, hice un seguimiento del proceso legislativo referente a la reforma al Código de Aguas que estuvo discutiéndose por trece años en el Congreso. También lo hice respecto de la Ley de Pesca, y el proyecto aprobado en

el 2012 es muy similar a uno que se había intentado aprobar en el año 1990, y que ahí el Tribunal Constitucional sí intervino, pero no lo hizo derechamente por propiedad, Artículo 19, Número 24, sino que lo hizo por el Artículo 19, Número 23, y por el tema de que se requería una ley de quórum calificado.

Para que no parezca esto que es como un punto mío, esta idea de que el Ejecutivo o el proponente de un proyecto de ley se morigera allí donde hay oposición y donde hay un Tribunal Constitucional que pueda eventualmente declarar la inconstitucionalidad, se encuentra sustentada en la literatura.

Uno de los autores más fértiles en el área de la política constitucional, que ha estudiado este fenómeno y hasta le ha dado un rótulo que se denomina autolimitación: allí donde hay control preventivo -esto lo estudió viendo el caso de Francia- normalmente se produce autolimitación del proponente del proyecto de ley.

Esos son mis comentarios.

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Gracias, profesor Guiloff.

Abrimos ahora un espacio al público para preguntas.

Primera pregunta:

ASISTENTE: Creo que es importante distinguir entre el objeto de la propiedad, qué se posee, el sujeto de la propiedad, quién lo posee, y las limitaciones de la propiedad, cuánto se posee.

Esto lo señalo a propósito de la mención que hizo el profesor Fermandois acerca del exceso de crítica que se haría a la Constitución de la Dictadura sobre un excesivo énfasis o una excesiva ampliación y concesión del derecho a la propiedad.

Efectivamente, creo que la Dictadura lo que hizo fue fundamentalmente ampliar los objetos de la propiedad, es decir, consideró como legítimo la privatización de una mayor cantidad de objetos, sobre todo de objetos vinculados a la economía, a la naturaleza, por ejemplo, entre ellos el agua.

La Dictadura, a través de la Constitución, restringió los sujetos de la propiedad, fundamentalmente restringiendo el papel de la propiedad del Estado, propiedad pública y ampliando las posibilidades y los derechos de la propiedad privada. Y la Dictadura, a través de la Constitución del 80, lo que hizo fue ampliar de forma desmesurada la posibilidad de la concentración de la propiedad.

Entonces, creo que es importante entender eso, que la Constitución del 80 de la Dictadura no es ingenua y no ha sido inocua en relación a estos tres niveles de la propiedad, es decir, los objetos, los sujetos y su dimensión.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Profesor Fermandois va a responder.



PROFESOR ARTURO FERNANDOIS VÖHRINGER: Yo discrepo de ese comentario por la siguiente razón. Lo que hizo la Constitución del 80, en relación a los sujetos, fue agregar el derecho a la propiedad; ese derecho potencial a adquirir la propiedad.

Cuando uno lee el 19/23 se pregunta qué es esto, para qué sirve. Es un derecho de especie de potencia. Podríamos haber puesto un derecho en potencia a los 26 números del 19, pero lo hizo con el siguiente sentido: para evitar que por la vía de la ampliación del dominio público finalmente la propiedad privada desapareciera.

O sea, más que aumentar malévolamente el número de sujetos, lo que hizo fue evitar que por la vía de la expansión del Estado, a través de reservas estatales, desapareciera la propiedad privada de la que estamos hablando.

Entonces, el Programa de Gobierno actual reconoce esto, y dice, si se fija, que se establecerá reserva de bienes en lo mismo que ya está reservado, que son los bienes nacionales de uso público, aguas, que está reservado desde antes en la Constitución del 80, como bien nacional de uso público, y espectro radioeléctrico.

Entonces, el Programa actual que intenta revertir este error de la Constitución del 80, finalmente no va a proponer nada muy distinto, salvo llevar a la Constitución estos dos bienes como bienes nacionales de uso público.

Por supuesto soy partidario de que este 19/23 cumpla un rol, en que por la vía de que el Estado no se vaya apropiando por reservas, como lo dice la Constitución del 25, finalmente cuando un particular quiera apropiarse de algo no tenga nada de qué apropiarse. Ése es el sentido del 23.

En relación a la concentración, es un fenómeno económico que yo considero audaz atribuírselo a la Constitución del 80. Ahí está la política antimonopolios; ahí están las políticas públicas de economía; ahí está la institucionalidad antimonopolios, y es la que está encargada de que la propiedad económica esté lo suficientemente fraccionada para que exista competencia, pero no es una cosa, a mi juicio, atribuible al 19/21.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muchas gracias.

Segunda pregunta:

ASISTENTE: Buenas tardes. Mi nombre es Ana Sugranyes, y estamos aquí con varios arquitectos del Comité de Hábitat y del Comité de Desarrollo Urbano del Colegio de Arquitectos.

Llevamos ya varios meses trabajando la perspectiva del derecho de propiedad visto desde los territorios y desde la ciudad, y estamos realmente preocupados de ver -si es que llegamos a hacer un cambio en la Constitución- cómo vamos a poder entrar con los temas de los territorios, pensando, por ejemplo, en lo que está pasando en términos de concentración de propiedad y lo que pasa en términos de la segregación socio espacial bastante fuerte que sufre Santiago o todas las ciudades de Chile; pensando también en los temas de la necesidad de realmente cobrar las plusvalías que generan todas las transacciones de propiedades especulativas que estamos viviendo en el país.

En este sentido, cómo podemos abordar este tema del derecho de propiedad desde los territorios y la ciudad.

Gracias.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Vamos a recibir todas las preguntas, a fin de contestar después.

Tercera pregunta:

La pregunta es para el profesor Fermandois, porque me sorprende que diga que la Constitución del 80 no disminuyó la función social, cuando la Ley 16.615, que reformó el Artículo 10, Número 10 de la Constitución del 25, tenía un concepto de función social mucho más amplio que el que aparece en la Constitución del 80, entre ellos elevar las condiciones de vida del bien común de los habitantes. Permitía también el acceso a todos a la propiedad; la distribución equitativa de la propiedad; la reserva de los recursos naturales exclusivos por parte del Estado, cuando así lo merezca el interés general de la nación. Es decir, una serie de cuestiones que en la Constitución del 80, Artículo 19, Número 24, no contempla.

Me parece que ese paradigma distinto de función social fue la única vez, en el Gobierno del Presidente Frei Montalva, en que se reforma la Constitución del 25, que aparece un concepto distinto a través de la función social como algo inherente al derecho a dominio, no desde afuera, sino como algo que le pertenece dentro de su estructura.

Entonces, me sorprende que se señale que no hubo, dentro de los momentos constitucionales, un tiempo en que la función social tuvo realmente una importancia vital.

Cuarta pregunta:

ASISTENTE: Quería insistir también en lo planteado por Ana Sugranyes. También soy del Colegio de Arquitectos y vengo con la preocupación territorial y con una pregunta específica, que toca un elemento adicional a lo que ha planteado Ana Sugranyes, que es la cuestión ética de la discusión del derecho de propiedad.

Entendiendo que existen importantes avances como humanidad en todo este tiempo, respecto de derechos fundamentales, y cómo esta ética se introduce en la concepción de los derechos de propiedad, ya que marcan un principio de orden social y en la que nuestra Constitución recoge o no cuestiones fundamentales como los derechos humanos.

Por otra parte, la propiedad privada se ha definido un par de veces como una mejor gestión de los recursos escasos, pero no se le ha puesto en términos de qué pasa cuando sólo cumple una función de acumulación de riqueza privada, porque hay una cuestión económica detrás de ella, y cómo juega esto a favor o en contra de garantizar los derechos básicos que plantea una declaración de los derechos humanos, y cuestiones básicas como una vivienda digna.

Por lo tanto, esta discusión no la considero menor cuando la Constitución, como ley de leyes, permite toda una desagregación legal, que en el caso nuestro tiene que ver con cuestiones básicas como políticas de suelo, política habitacional, que son temas que se desarrollan territorialmente e incluso en términos de derechos urbanos en las distintas constituciones.

Quinta pregunta:

ASISTENTE: Mi nombre es Joaquín Rodríguez, estudiante de esta Facultad.

Primeramente, agradecer a cada uno de los profesores por sus ponencias, y mi pregunta es más que nada filosófica y por esto principalmente dirigida al profesor Enrique Barros, sin perjuicio de que cualquiera de los tres pueda responderla.



Efectivamente, la propiedad ha tenido más que nada una explicación en base a lo utilitario, es decir, es necesaria, pero no en cuanto a que sea justa, es decir, una justificación de la propiedad.

Sin embargo, una de las personas que lo hace antes de Nozick pero en la misma tradición, es el economista Frédéric Bastiat, que dice que la propiedad es uno de los elementos de la dignidad humana, digámoslo así, está la personalidad, la propia identificación, la libertad, que es el uso sin restricciones de las facultades humanas, y la propiedad, que es aquellas cosas en la naturaleza sobre las que uno aplica esas facultades y que es un elemento constitutivo de la dignidad.

Entonces, al respecto, hablando de lo que es la función social como un limitativo de la propiedad, primero la pregunta sería a qué se refiere social. El profesor Hayek ya decía que la palabra social de repente es como una palabra comadreja, que deja el cascarón, pero que se come todo lo que está dentro del huevo, y puede significar cualquier cosa.

Lo segundo tiene que ver con lo siguiente. Si la propiedad ya es un derecho y un elemento de la dignidad humana, por qué establecemos una función social al respecto de la propiedad, pero en el sistema contemporáneo nos parece aborrecible establecer una función social a la libre expresión o a la libertad de credo. ¿Por qué no decir, en función de la unidad, de la cristiandad, prohibir religiones? ¿Por qué hay función social respecto de la propiedad y no respecto de otras libertades?

Esa es mi pregunta.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Entonces el profesor Barros contesta primeramente.

PROFESOR ENRIQUE BARROS BOURIE: Voy a partir por esta última pregunta, que es harto interesante.

Primero que nada, creo que en lo que estamos de acuerdo -no ha habido gran disenso en esta mesa- es que hay una relación dialéctica entre propiedad y regulación. La relación dialéctica entre propiedad y regulación se basa, esencialmente, no sólo en que la regulación puede limitar o afectar la propiedad, sino que pertenecen a lógicas completamente diferentes. La lógica de la propiedad es esencialmente de decisiones descentralizadas. La lógica de la regulación es básicamente decisiones centralizadas.

Por lo tanto, en el fondo, la sociedad moderna ha sido lo suficientemente inteligente para hacer conciliar, para hacer convivir estas dos lógicas de una manera relativamente articulada, y eso ya es un logro civilizacional gigantesco.

Ahora, ¿por qué la libertad de expresión y no la libertad de propiedad? Yo creo que la libertad de expresión tiene un problema. Resulta que la libertad de expresión es multiplicable. En otras palabras, el uso que yo tengo de la libertad de expresión no limita el uso de la libertad de expresión por el otro. La propiedad, en cambio, es exclusividad. Y si bien todos tienen acceso a la propiedad, la propiedad que yo tengo excluye al otro. En ese sentido existe una diferencia. En segundo lugar, también hay un problema de funcionalidad. La funcionalidad de la propiedad es esencialmente económica. En ese sentido, también la funcionalidad de las regulaciones es esencialmente económica. O sea, eso es una cosa que me parece que es importante.

Ahora, respecto de la pregunta relativa a planes territoriales y lo que tiene que ver con segregación y todos los aspectos urbanísticos a los cuales se ha hecho referencia por las arquitectas, pienso que todo eso es esencialmente materia de legislación, y no creo que haya ninguna razón para que esté en la Constitución.



Yo soy partidario de que las normas constitucionales sean sumamente escuetas. El Artículo 24 me parece tenebroso por lo largo. Es un artículo que se refiere a las concesiones, a la expropiación, que si la expropiación tiene que pagarse así, que si tiene que pagarse así, que si hay recurso ante un tribunal, después que las concesiones, que hay propiedad sobre las concesiones.

Mejor que algunas cosas estén en la Constitución, pero eso no lo veo como una cuestión absolutamente necesaria. Creo que la Constitución, mientras más ascética, mejor.

Respecto al control preventivo, no puedo estar más de acuerdo con que el control preventivo, que proviene de la Constitución de De Gaulle, es un arma muy complicada.

Yo les voy a contar una cosa y una anécdota personal, que me van a perdonar con cierto pudor. Por una casualidad hoy estuve invitado a almorzar en el Tribunal Constitucional, y como yo no soy constitucionalista, y no soy constitucionalista práctico menos que teórico, les pregunté cómo operaban.

Bueno, resulta que el control preventivo es la única función que hoy día se realiza, que el Tribunal mediatiza en sus relatores.

En el fondo, es una carga que es extremadamente pesada. En general es puramente formal, y ellos mismos conceden que en materia de control preventivo -lo que tú decías- se da la circunstancia que no se puede prever ex ante lo que surge concretamente ex post. Más valen recursos frente a la aplicación de la ley, ahí se ve. El Derecho es a casos. En ese sentido, la cosa no puede ser más clara.

Por último, quiero insistir en una cosa. Tú planteabas el tema de cómo se componen los miembros del Tribunal Constitucional. Ése es un tema de todos los tribunales constitucionales. Hay algunos que lo logran resolver mejor.

En una época, en el año 88/89, organizamos en el CEP un grupo de trabajo para estudios de reforma al sistema judicial. Muchas de ellas se implementaron, y una de ellas tenía que ver con la designación de miembros del Tribunal Constitucional.

Creo que en la designación de miembros del Tribunal Constitucional debe ser mucho más reflexiva de lo que es, e inclusiva. En otras palabras, creo que debiera haber algún mecanismo de comité de designación o comité de búsqueda, el buscar algún mecanismo de poderes públicos democráticamente legitimados. Eventualmente, también puede haber miembros de la Corte Suprema. No veo por qué puede no haberlos en ese comité, pero sí una búsqueda más profesional.

Entre otras cosas, tengo más confianza en los constitucionalistas que en los políticos. El constitucionalista puede tener una orientación hacia acá o hacia allá, pero frente a un caso concreto tiene elementos analíticos para juzgar. Quien es puramente político no tiene esa calidad.

No nos olvidemos, que éste es un problema muy serio. En Estados Unidos, a comienzos del Siglo XX, la Corte Suprema declaró inconstitucionales por contrarios a la libertad de contratación las leyes antitrust. Pero quince o veinte años después, toda la política del New Deal de Roosevelt, con un cambio en la composición de la Corte, pasó a ser completamente constitucional.

Hoy día, la Corte Suprema Norteamericana depende de un Presidente, que si bien es conservador, es bastante razonable, y de repente se da vuelta para un lado y de repente para el otro, pero una parte importante de los casos más conflictivos son cinco a cuatro.



O sea, de alguna manera, los jueces constitucionales tienen un rol que es muy delicado y tenemos que hacernos cargo de ello. Personalmente pienso que es mejor tener un control de constitucionales a no tenerlo, porque de lo contrario simplemente mejor metemos la Constitución en el museo, porque ésa es la verdad. Una Constitución que no tiene control de constitucionalidad no es un instrumento jurídico, sino un instrumento filosófico, por lo que mejor entreguémoselo a Locke o a Rousseau.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Profesor Fermandois, tiene la palabra.

ARTURO FERMANDOIS VÖHRINGER: Muchas gracias. Voy a hacerme cargo de tres cosas.

Usted señala que le sorprende que yo diga que no se redujo la función social. Es que usted no me escuchó al comienzo, pero yo dije que me iba a referir a la función social en cuanto limitaciones no indemnizables del dominio.

Los demás temas que se hicieron respecto de la Reforma del 67, que dice textualmente que la Ley podrá reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros que declaren importancia preeminente para la vida económica, eso cambió fuertemente. El tema de la expropiación, ni hablar.

Esta es la reforma constitucional que permitió expropiar predios rústicos pagando a treinta años, con tasación fiscal, avalúo vigente que lo fija el mismo Estado, en bonos CORA, con toma de posesión previa, sin pago. Todo eso voló de la Constitución del 25 y su reforma en el 67.

En cuanto a función social, lo dije en mi libro hace 15 años. ¿Los miembros de la Subcomisión Propiedad estimaron que habían constreñido la función social al cambiar intereses generales del Estado por intereses generales de la Nación? ¿Estimaron que al eliminar esta expresión de la utilidad de la salubridad pública y el mejor aprovechamiento de las fuentes de energía, habían constreñido la función social? Efectivamente ellos estimaron eso, pero yo ya me anticipé y en su minuto dije que yo creo que esto no está reduciendo nada, lo está manteniendo con bastante flexibilidad, que en definitiva es lo que ha fallado el Tribunal Constitucional.

El segundo tema de por qué sólo la propiedad tiene límites. Me parece muy interesante, porque también por ahí me tocó escribir que yo no me explico por qué la propiedad tiene un límite especial en un mundo en el cual todos los derechos fundamentales deben coordinarse, acomodarse y balancearse, o sea, por la teoría de la proporcionalidad o el balancing test o lo que sea. Ningún derecho es absoluto, salvo la libertad de conciencia.

O sea, aquí reconozcamos que un influjo ideológico importante para impulsar la Reforma Agraria en la década del 60, y la función social aterrizó en la Constitución del 80. Pero en rigor estricto, yo preguntaría a los filósofos del Derecho si es necesario o no una limitación especial.

Respecto del control preventivo, profesor Guilloff, en el foro que tuvimos la semana pasada yo lo expliqué. A mí me parece que el control preventivo es un instrumento y perfectamente prescindible si tenemos otros instrumentos.

Efectivamente el control preventivo produce una especie de inhibición o disuasión que no necesariamente es negativa, en la medida que sea una disuasión en post de la supremacía constitucional.

O sea, si hay un control represivo, tipo certiorari en Estados Unidos, con John Roberts -me tocó conocerlo, encantador

como Ministro- balanceando en uno u otro sentido una corte, pero que produce efectos de derogación posterior, con casos concretos, para ver si efectivamente aquí hay una lesión, me parecería perfectamente prescindible y transable el control preventivo.

Muchas gracias.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Tiene la palabra al profesor Guiloff.

MATÍAS GUILOFF TITIUN: Quería simplemente contestar alguna de las preguntas que aquí emergieron.

Respecto a los dilemas planteados por los representantes del Colegio de Arquitectos, creo que hay un tema en las plusvalías. En el Derecho Comparado hay mecanismos regulatorios de captura de valor de las plusvalías, que en nuestro Derecho, hasta la fecha, no se han efectuado y creo que puede haber justificación para ellas.

O sea, si es que nos preocupa, por un lado, la disminución de valor que surge en virtud de la regulación, también debiese preocuparnos, bajo la misma moneda, el aumento de valor que deriva de la regulación. Me parece que es un punto atendible. Es la otra cara de la moneda.

En cuanto a la propiedad urbana, la propiedad urbana es una propiedad especial, porque es una propiedad regulada. En el fondo, es el plan regulador, y esto el Tribunal Constitucional lo ha dicho en una sentencia reciente, la de Molinera Norte, el que define el contenido del derecho a la propiedad en el contexto del suelo urbano.

En cuanto al punto de la vivienda, me parece atendible el planteamiento, pero no sé cuán útil pueda ser para su protección el derecho de propiedad. El derecho de propiedad suele ser más bien reactivo, reacciona frente a la regulación. Es difícil que lo podamos ocupar para provocar o catalizar regulación.

En cuanto al tema de la segregación urbana, es un tema ya más de política pública. No diría que es un tema tanto de derecho de propiedad y de constitucionalidad. Creo que más bien se refiere a un tema de cómo está diseñada nuestra política pública en materia urbana, y particularmente la política pública en materia de vivienda social, que es una política pública que opera sobre la base de contrato, de mercados, y como opera sobre esa base normalmente, la lógica de la contratación es que se adjudique aquella propuesta, que tiene un menor costo, ello redundará muchas veces en que la vivienda social se construye en terrenos que tienen un menor costo, y esos son, precisamente, los que se encuentran más alejados del límite urbano.

Ahora, en cuanto al tema planteado relativo a la fiscalización, esto tiene que ver de alguna manera con lo que hemos hablado. Frente al uso abusivo de la propiedad hay límites. En eso todos estamos de acuerdo. El tema es que estos deben ser implementados, y a mí me parece que el problema que usted está relatando es básicamente el tema de cómo implementar esos límites que en realidad existen, y hay que convencer a los actores de que ellos sean implementados.

En cuanto al punto respecto de por qué hay sólo función social para la propiedad y no para otros derechos, creo que eso prueba un poco el punto teórico que quise esbozar en un principio, que la propiedad es un derecho especial y eso justifica de alguna manera que sólo exista función social respecto de ella.

Por último -en la línea de lo señalado recientemente, por si queda alguna duda-, no estoy en desacuerdo con el control



de constitucionalidad. Yo estoy en desacuerdo con el control de constitucionalidad preventivo. Estoy totalmente de acuerdo con un control de constitucionalidad pero ex post, y sobre todo en los temas de propiedad y en los temas de regulación económica, donde para que los jueces puedan hacer los juicios fundados, necesitamos que vean realmente los impactos.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muchas gracias, profesor Guiloff.

Agradecemos a todos su presencia, sobre todo a los profesores Barros, Fernandois y Guiloff. Creo que hemos sacado importantes conclusiones.

Gracias.

...Aplausos



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Una gran conversación por

CHILE

Proceso constituyente y
nueva constitución política



CAPÍTULO XI / SESIÓN 24 DE SEPTIEMBRE DE 2015

DERECHOS DE LOS PUEBLOS
ORIGINARIOS





DERECHOS DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS



SESIÓN 24 DE SEPTIEMBRE DE 2015

Expositor:

- *Profesor Salvador Millaleo H.*

Comentarios:

- *Profesor José Zalaquett D.*
- *Profesor Cristián Román C.*

Moderador:

- *Profesor Francisco Zúñiga U.*

PROFESOR FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA: Buenas tardes.

Vamos a dar inicio al ciclo de hoy 24 de septiembre, relativo a derechos de los pueblos originarios. La exposición base corresponderá al profesor Salvador Millaleo Hernández, de nuestra Facultad. Es Abogado de la Universidad de Chile. Obtuvo el grado de Doctor en Sociología en la Universität Bielefeld, en Alemania. Es Director del Programa de Derechos Indígenas de Fundación Chile 21 desde 2014. Ha sido research fellow de la Universität Bielefeld y del Instituto Max Planck para el Derecho Penal y Extranjero de Freiburg. Actualmente integra la Comisión presidencial para la Evaluación del Sistema de Evaluación Ambiental en el Ministerio de Medio Ambiente. Es autor de numerosas publicaciones sobre temas de su especialidad editados en Chile y en el extranjero.

Profesor Salvador Millaleo, tiene la palabra.

PROFESOR SALVADOR MILLALEO HERNÁNDEZ: Muchas gracias.

Agradezco al Departamento de Derecho Público, a la Facultad de Derecho en general y a quienes me acompañan en esta posibilidad de discutir en un lugar donde a menudo se discuten temas muy relevantes para la República. Sin embargo, el tema que hoy trataré no ha estado con la presencia necesaria. Por eso creo que ésta es una gran oportunidad para que podamos discutir un tema que, desde cierto punto de vista, es una deuda histórica, y desde cualquier punto de vista es un tema que hay que abordar con franqueza.

Entonces, me siento muy complacido y agradezco mucho esta oportunidad.



Quisiera formular esta exposición no como un conjunto sistémico de pensamientos, sino más bien como una formulación más clara de un pensamiento tópico, es decir, poner énfasis en ideas importantes para que podamos discutir las acá con los presentes, en lugar de tratar de darle un punto de vista estructurado. La idea es que podamos debatir y hacer pensar, entonces he estructurado esta presentación a través de una serie de tesis.

La primera tesis que quiero compartir con ustedes sería la respuesta a la pregunta ¿qué debería hacer una Constitución desde la perspectiva de los pueblos indígenas? Ya que estamos haciendo este ciclo de charlas a propósito de las discusiones de una nueva Constitución, sus posibles contenidos y procedimientos para formularla, debemos responder a ¿qué debería ser una Constitución para los pueblos indígenas?

Para una visión por ejemplo liberal democrática ¿una Constitución, la Constitución es un pacto social entre individuos? ¿Debería ser fruto, en general, de una libre deliberación entre los ciudadanos, con distintos procedimientos y modalidades pero que reflejen una deliberación que generara, que supusiera y reforzara una comunidad mínima de intereses, y que permitiera la auto organización de la Nación como un colectivo, a través de las reglas e instituciones constitucionales?

Ahora bien, esta idea que es muy familiar para los que estudiamos Derecho, es el fundamento del constitucionalismo moderno, por lo menos en parte, es una idea que sin embargo no podemos trasponer así no más a lo que es una perspectiva de los pueblos indígenas, a lo que podría o debería ser una Constitución.

En este sentido, los pueblos indígenas ahora, si ustedes se fijan, en los últimos meses han dicho a través de varios voceros históricos o nuevos, que ellos quieren entender el proceso constitucional o constituyente.

Por ejemplo, tenemos a Aucán Huilcamán, que está llamando a una Asamblea Constituyente Mapuche. Otro, Pedro Cayuqueo -y yo también me incluyo- plantea Asambleas Constituyentes Interculturales. En cualquier caso, cualquier modificación constitucional que afecte o sea susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, tiene que ser sujeta a consulta, vendría a ser una consulta indígena constitucional.

Todos estos elementos que traemos a la discusión nos hacen ver que existe unos matices, una variación en cómo los pueblos indígenas están concibiendo el proceso constitucional, y esto tiene que ver en la variación en cómo ellos conciben una Constitución.

Una Constitución, más que un pacto social entre individuos, para los pueblos indígenas tiene que ver con un pacto social, o debería tener que ver en Chile con un pacto social entre formas de vida, entre formas de vida colectivas, dentro de las cuales, por cierto, están las formas de vida chilenas o mestizas en general y están las formas de vida de los pueblos indígenas.

Aquí hay un concepto tradicional político del pueblo mapuche, que es el concepto de koyang, que podríamos traducir como “tratado”, y tiene que ver con los acuerdos que hacía el pueblo mapuche con la corona española y después con la república chilena en el sistema de los parlamentos.

El koyang se define como una conversación que entablan dos partes para dirimir sus diferencias, diferencias que, al contrario de esta idea de la comunidad mínima de intereses, esta diferencia en el koyang no se superan, se mantienen pero se establecen a través del acuerdo un lazo de respeto que restablece un equilibrio. O sea, la idea de llegar a un acuerdo, un acuerdo en que sean partes los pueblos indígenas respecto de un proceso constitucional, viene más bien



marcado por estas ideas, no a la idea de asimilarse a una comunidad de intereses, puesto que lo que reclaman los pueblos indígenas no es solo la diferencia en sus formas de vida, sino más bien establecer lazos de respeto que den cuenta y equilibren las diferencias que los pueblos indígenas reclaman desequilibradas.

Una segunda tesis sería que el “Estado en forma como organización evidente y espontánea de una nación ha sido un sueño sólo realizado de manera colonial”.

¿Qué quiero decir con esto? La teoría constitucional supone una noción del Estado, y esta noción del Estado es la idea de que nosotros tenemos un aparato que centraliza el poder, que en Chile habría tenido un éxito prematuro o digamos anterior o precoz en relación a lo que fue la consolidación del Estado en el resto de las repúblicas latinoamericanas.

Esta idea de Estado, la verdad -es la discusión histórica de ciencias políticas que se ha hecho acá, en el resto de América Latina y en general en el mundo acerca del Estado- pertenece a un imaginario, que es un imaginario eurocéntrico y que contrasta mucho con la realidad del resto de América Latina, incluso con la realidad histórica de Chile.

Esta idea burocrática del Estado corresponde a un imaginario que se contrapone con la evidencia de que el Estado en América Latina, más que un Estado centralizado, un aparato, un leviatán que efectivamente ha controlado y ha unificado a las repúblicas, ha sido un Estado más bien patrimonial, capturado por ciertas élites en beneficio propio y que tiene efectos o problemas crónicos, que en muchas partes todavía no se resuelven o recién se están empezando a resolver. Esa ha sido una visión de la Ciencia Política latinoamericana, que, la verdad, ha acumulado bastante evidencia al respecto.

En particular en nuestro caso, nosotros vivimos todavía de aquella leyenda del excepcionalismo o precocidad del Estado en forma portaliana. Creemos que efectivamente logramos precozmente instalar un Estado burocrático centralizado, que le diera forma a una República a través de esta imagen unitaria del Estado y somos fieles a esta idea. Es una idea predominante en el pensamiento de los constitucionalistas chilenos, en el pensamiento también de los teóricos políticos, de los filósofos políticos en Chile, esta idea de que hay un Estado. Hay un portalianismo bastante extendido y transversal.

O sea, uno no podría esto adjudicárselo solamente a posturas conservadoras o a las derechas. A mí me sorprende lo muy portalianas que son las izquierdas y los pensadores de izquierda cuando uno empieza a cuestionar, por ejemplo, el modelo unitario de Estado. O sea, hay un portalianismo transversal.

La tesis que estoy sosteniendo en este punto es que esto tiene que ver con un colonialismo subyacente o a veces manifiesto que ha tenido el pensamiento constitucional atávicamente en este país.

Esta idea o este imaginario del Estado centralizado que se instaura y supuestamente triunfa y controla, es una idea que no se condice con la realidad, porque no funda una Nación unitaria; lo intenta, pero no logra homogeneizar las diferencias culturales densas que existen y que tienen que ver, en primer lugar, con la subsistencia de los pueblos indígenas y sus culturas e instituciones políticas y culturales, pero que instaura un aparato que somete esas culturas.

Esto es el argumento que se desarrolló ya hace un tiempo, que se llama el colonialismo interno. El colonialismo interno se refiere a la sustitución de una situación de dependencia respecto de poderes extranjeros, donde la población es sometida a esos poderes extranjeros, por una dependencia de porciones de la población, sujetos colectivos dentro de un ámbito político a poderes internos, pero donde la dominación exterior es suplantada por una dominación interior.



Esto supone la licuefacción o integración de las diferencias a la fuerza. En concreto, en cuanto a los pueblos indígenas, esto se tradujo en la reducción violenta de las formas diferentes de vida de los pueblos indígenas, sus privaciones materiales, incluyendo la privación de las tierras, por ejemplo, y de otros recursos materiales de sustento; la violencia simbólica del Estado, que está destinada precisamente a desconstituir las naciones indígenas como naciones, y a reducir las a poblaciones o categorías sociales amorfas o de baja densidad, para así constituir, a partir de esta violencia material y simbólica, este público leal que se llama la Nación, pero que, dentro de él conservan, subsisten y no logra liquidar esta diferencia, pero esta violencia sigue manteniéndose como una diferencia de marginación económica, de asimilación o integración cultural y de exclusión política.

Ahora, qué hace que nosotros podamos decir esto del Estado, que es un supuesto. Me acuerdo cuando yo estudié Derecho Constitucional, Derecho Político acá, era lo incuestionable. ¿Por qué ahora podemos cuestionarlo? ¿Cómo podemos ahora contrastarlo con la realidad social y política? Básicamente porque el Estado ha entrado, producto de la globalización, producto de las transformaciones que están ocurriendo en todo el mundo, en una etapa de cuestionamiento.

Esto involucra también a esta asociación cuasi metafísica que hacemos entre Estado y Nación, donde en definitiva le atribuimos al Estado esta identificación sin hacer una crítica: si realmente existe una Nación; si preexiste la Nación o la Nación más bien es un proyecto político del Estado, que para crearlo, en el caso de América Latina, ha tenido que subordinar a otras comunidades políticas, incluso con la fuerza, haciendo barbaridades o genocidios.

El sociólogo Pierre Bourdieu, en un conjunto de clases que fueron recién hace un par de años puestas a disposición, de un curso que hizo en el College de France sobre el Estado, dice que el Estado está dentro de una zona de magia, uno le atribuye una potencialidad mágica, de unir, de vincular, de cohesionar. ¿Y es realmente eso el Estado? ¿Hace realmente eso el Estado? ¿Y qué es lo que hace realmente para lograrlo?

Ése es el punto que aquí estamos cuestionando: si el Estado ha hecho lo que dice que va a hacer: ¿Crear una comunidad republicana de personas que se reconozcan recíprocamente dentro del Estado? O más bien construye una identidad que es temblorosa, como lo señala nuestro terremoto, que luego se mantiene unida gracias más que a la inclusión a la exclusión, por ejemplo, de los pueblos indígenas.

Entonces, el nuevo constitucionalismo latinoamericano, que ha estado detrás de un conjunto de procesos constitucionales las últimas décadas -me refiero no sólo a los procesos en el mundo andino, sino desde la Constitución de Colombia, la Constitución de Brasil, de Argentina- ha cuestionado este supuesto y esto tiene que ver precisamente con darle espacio o darle un reconocimiento a los pueblos indígenas, entre otras cosas.

El pensamiento del nuevo constitucionalismo tiende, por lo tanto, a tratar de desencantar esta idea mágica del Estado, descentrando el Estado y procurando, precisamente, construir un Estado que renuncie o amortigüe y compense estos efectos del colonialismo interno, al cual los pueblos indígenas fueron sometidos en el intento de la construcción republicana, cuando ocurrió el proceso de organización nacional en todos los pueblos o repúblicas latinoamericanas desde el Siglo XIX.

Esta descolonización del Estado, este descentramiento del Estado, supone un reconocimiento de los pueblos indígenas no simplemente como un reconocimiento simbólico, sino más bien como una completa reconstitución de las naciones indígenas como actores colectivos de los procesos políticos.



Mi tercera tesis consiste en indicar que el “Artefacto de la Nación Chilena está dando lugar a un Plurinacionalismo por reconocer”.

¿Qué quiero decir con artefacto? O sea, más bien me hago parte de una teoría dialéctica e histórica de la identidad chilena, como la que sostiene, por ejemplo, el profesor Jorge Larraín, en el sentido de que la identidad no es algo que se congele en el tiempo; no es una esencia, sino algo que cambia, que va variando y que está lleno de contradicciones y confusiones.

En este sentido, las luminosas visiones, diagnósticos que hace Jorge Larraín a propósito del bicentenario de la República y después, nos ha mostrado que Chile, en su interpretación sociológica, más que una Nación, una comunidad integrada, como vendría a ser este desiderátum de esta mística del Estado, es antes que eso una Nación de individuos, donde los vínculos están plagados por la desconfianza entre ellos y por el miedo entre ellos, donde se consume la desigualdad y esto, digamos, es complementado por un apego emocional y normativo bastante fuerte de las élites al mononacionalismo.

O sea, tenemos, por una parte, una Nación de individuos que no se integran realmente con vínculos de confianza entre ellos, pero que tratarían de suplir esto por este apego irracional, sobre todo a nivel de las élites, a esta idea de que la Nación chilena es única e indivisible. Y esto, más que un añadido, es un complemento o una cobertura que alguien podría llamar ideológica, producto precisamente a la descomposición social que las visiones sociales nos muestran respecto de Chile.

La idea es proponer una noción menor y a la vez menos dañina de naciones. En lugar de que las naciones sean esa comunidad de destino que nos marcan a todos como sujetos parecidos, la idea es plantear que las naciones son marcos normativos mínimos, legítimos, donde las diferencias entre los sujetos pueden equilibrarse y formar una identidad, que por lo tanto podemos sostener que las naciones indígenas son precisamente eso: no sólo son poblaciones, sino que son naciones en el sentido de que tienen una identidad, que tienen autoridades, que tienen una vocación de futuro, una historia pasada, y luego que tienen marcos normativos que los integran. Por ejemplo, el Küme Momgën, que es la ética mapuche en el sentido de la definición de la buena vida, o el análogo el Sumak Kawsay, en el caso de los pueblos andinos.

Entonces, la idea es que las naciones indígenas están reconstituyéndose a partir de esa visión, de ese pensamiento, y eso es un desafío claro a esta idea de la Nación única e indivisible.

El plurinacionalismo ofrece un camino institucional en la historia evolutiva de los estados, para aquellos estados que quieren tener formas de vida diferenciadas y no persistir en esta licuadora de la identidad, que es la idea mononacional.

Una cuarta tesis -es una idea completamente prestada en este caso- es la idea de que si el “Constitucionalismo no reconoce la pluralidad de Naciones está contribuyendo a la destrucción de las naciones subordinadas”, cuando la pluralidad de naciones existe en la realidad.

En definitiva, lo que se instala cuando no se reconoce la pluralidad de naciones, es una desigualdad, que va en la dirección de destruir las formas de vida que son menospreciadas por las élites que controlan los respectivos estados.

Aquí hay que recordar el argumento de John Stuart Mill, que no es el argumento que tiene que ver con la libertad, sino un argumento más bien en el sentido contrario. John Stuart Mill sostenía que sólo las grandes naciones tienen derecho a ser Estado y tener su organización política, y las demás, las naciones salvajes e inferiores, tienen que ser absorbidas. Esta idea, que plaga las nociones de liberalismo, se traduce en una desigualdad colectiva, que además siempre se va a expresar en desigualdad individual.



Traigo a colación los datos de la Encuesta Casen 2013, donde claramente nos dice que bajo la línea de la pobreza está el 13,5% de los chilenos, y en cambio está el 23,4% de los indígenas. Y bajo la línea de la extrema pobreza, según la Encuesta Casen de 2013, está 4,1% de los chilenos y 8,2% de los indígenas, es decir, el doble.

Según una encuesta que hizo hace tres años el Instituto de Ciencias Sociales de la Universidad Diego Portales, 76,5% de los ciudadanos cree que ser mapuche, por ejemplo, es una condición por la cual uno puede ser discriminado o muy discriminado en Chile. Para qué decir de la situación de los idiomas indígenas o la representación política de los pueblos indígenas. En nuestro actual Parlamento es cero.

La tesis de Stephen Tierney, que es un constitucionalista escocés de la Universidad de Edimburgo, plantea que el constitucionalismo tiene que enfrentar la igual consideración de las comunidades nacionales dentro del Estado como una necesidad. Y él va a usar el concepto de plurinacionalismo no como una descripción de la experiencia particular que han tenido Ecuador y Bolivia, que sabemos que son estos estados que tienen en su constitución este reconocimiento como repúblicas plurinacionales, sino que señala que es una forma o un diseño institucional general, que se está implementando en democracias que tienen diversidades densas, diversidades que no son reductibles a meros matices o estilos de vida, de consumo privado.

Tierney señala que la característica del plurinacionalismo como modelo o diseño constitucional general, es sustituir el principio de asimilación por el principio de acomodo de estas diferencias densas.

Y aparte de Ecuador y Bolivia, Colombia, Canadá, Reino Unido, España, Bélgica, Rusia, Suiza e incluso Estados Unidos, se dejarían bien describir como repúblicas o estados plurinacionales.

Una quinta tesis es la idea de que la “Autodeterminación consiste en una Libertad como No Dominación en contexto de diversidades densas”.

La autodeterminación que exigen los pueblos indígenas en el proceso constitucional -lo han exigido desde hace mucho tiempo y lo están exigiendo ahora, especialmente tratándose la discusión de la nueva Constitución-es un principio que encuentra una clara justificación en el pensamiento político, en la Teoría del Derecho Constitucional. La justificación es que, en definitiva, la mejor forma de proteger de manera no paternalista los derechos de los individuos indígenas, es a través precisamente de instaurar derechos colectivos, para que ellos se protejan solos, a través de sus instituciones y a través de sus prácticas y normas. Luego, para efectivamente poder hacer una redistribución de tierras y recursos asociados a sus formas de vida, y así paliar los efectos de la privación material que sufrieron en el pasado.

En tercer lugar, para rectificar y reparar los efectos de políticas de exterminio, de segregación, de asimilación y otras relaciones de derechos fundamentales, y por último para reconocer el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas como una muy eficaz forma de resolver los conflictos, muchas veces mucho más eficaz que el derecho estatal.

En el pensamiento mapuche, la idea del Kidu Ngünewün es la idea de que uno podría hacer conversar con la idea de libertad o autonomía en el pensamiento político constitucional occidental.

Esta idea, en el mundo mapuche, significa hacerse dueño de sí mismo, gobernarse a sí mismo y para sí mismo. A diferencia del pensamiento occidental, no sería una facultad o derecho natural, sino que se construye y se conquista



en una actividad social, donde los seres humanos se liberan de la servidumbre de la naturaleza y se liberan del dominio ajeno. Es, a la vez, por lo tanto, una facultad individual y colectiva.

La autodeterminación para el mundo indígena debería expresarse en instituciones de mancomunidad, por ejemplo una representación especial a nivel del Parlamento y en otras instituciones de gobernanza en el país, las regiones, los municipios, en fin; en el respeto e implementación correcta de los mecanismos de la consulta indígena previa que establece el Convenio 169; en formas de autogobierno a través de sus propias autoridades y estableciendo sus propias prioridades de desarrollo; en una autonomía normativa, esto es, la posibilidad, con ciertas limitaciones, y coordinando el sistema jurídico estatal, de guiarse por su propio sistema jurídico; la autonomía cultural, es decir, establecer y cultivar y conservar la cultura a través de sus propias instituciones; y el control de los territorios.

Una sexta tesis respecto al territorio, es que “Debe reconocerse al Territorio como la proyección de una forma de vida y no sólo como un conjunto de recursos a ser explotados”.

Las naciones indígenas tienen nociones que se diferencian de la noción privatista de origen romano de la propiedad de la tierra y los recursos naturales. En este sentido, los territorios que estén bajo control directo de los indígenas no significa que los indígenas vayan a excluir de todo uso y goce a los demás.

Por ejemplo, en el caso de las semillas indígenas, la propiedad que sostienen los indígenas tener sobre sus semillas es una propiedad cultural que los transforma en guardadores, pero que no excluye a los demás de poder usar las semillas que los indígenas por cientos o miles de años han cultivado y han mejorado para adaptarlas a los ecosistemas de cultivo.

En el caso de los conocimientos o pensamientos indígenas, lo que se llama en mapudungun el Kimun y el Rakiduum, la propiedad que se demanda de los conocimientos tradicionales no excluye de usarlos a los no indígenas. Más bien, lo que excluye es que los no indígenas se apropien, exclusiva y excluyentemente de ellos.

En cuanto al territorio que no está bajo control directo, la idea y es lo que reconoce la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, para todos los pueblos indígenas, es que siempre se tiene que reconocer y mantener el vínculo espiritual de los pueblos indígenas con su territorio. Esto significa que hay una noción no sólo económica sino cultural del territorio; eso significa también que el territorio indígena incluye elementos que no necesariamente los indígenas ven o que han usado directamente, pero con los cuales han estado en armonía secularmente. Por ejemplo, el patrimonio fitogenético de los ecosistemas que han sido habitados por los pueblos indígenas.

O sea, la exigencia acá es que la territorialidad cultural indígena se refleje en el ordenamiento territorial o en la evaluación de los impactos ambientales: que se cree un sistema de consulta y consentimientos previos robustos, y que se faculte o se regule lo que establece el Convenio sobre Diversidad Biológica, que es la participación en los beneficios.

Como séptima tesis, la idea de que “La destrucción de las culturas indígenas puede y debe ser retrotraída protegiendo sus lenguajes y contenidos culturales”, esto es, a través de la construcción de derechos lingüísticos robustos, que reconozcan el control cultural de los pueblos indígenas a través de sus propias instituciones, que co-oficialicen, por ejemplo, las lenguas indígenas, dándole un sentido práctico y no como algo que es sólo pieza u objeto de estudio de los lingüistas. Esto tiene que ver también con la posibilidad de la educación intercultural, con el acceso a medios generales de comunicación y el control de propios medios de comunicación indígena.



Finalmente, la octava tesis sería que “La Paz Social requiere de un Equilibrio e Igual Consideración entre las Naciones del país”.

La idea colonial del estado unitario parece haber llegado a sus límites, y esto es lo que nos dicen los múltiples conflictos regionales y locales que existen. No sólo me refero a las tensiones entre pueblos indígenas y el Estado, que no sólo se reducen a los mapuches. Lo que hemos visto en el ámbito de Rapa Nui, de la Isla de Pascua, es bastante indiciario de que se trata de tensiones generalizadas.

Luego, los conflictos locales, los movimientos sociales locales nos dicen, en definitiva, que el Estado unitario como idea parece estarse agotando.

Luego, la evidencia en particular de lo que pasa en las zonas mapuches rurales, es que los conflictos sociales no desaparecen con la intervención puramente jurídico penal o policial, sino que lo más probable es que escale, como ha sucedido precisamente con los conflictos penales del sur.

Por ello, se requiere más que esta apelación a la mano dura, al orden público, la construcción de una nueva institucionalidad para gobernar los conflictos y dar inclusión a los pueblos indígenas.

Esto requiere construir instituciones comunes en donde participen los pueblos indígenas, instituciones que permitan a los pueblos indígenas seguir siendo indígenas y participar en el proceso nacional, como en las formas de representación política especial, e instituciones propias de los pueblos indígenas, como el reconocimiento de los propios sistemas jurídicos.

¿Cómo lograríamos eso y superar la situación actual de conflictos y llegar o transitar a este proceso de una construcción institucional nueva? Quizá implementando enfoques que han tenido éxito en otros ámbitos, como los enfoques de justicia transicional, esto es entender que si tenemos conflictos que pueden ser muchas veces violentos, y donde inciden o que generan profundas divisiones en nuestro país, se puede implementar este mecanismo que han probado que frente a otro tipo de divisiones, por ejemplo las violaciones a los derechos humanos del pasado por conflictos políticos, en el caso de los conflictos interétnicos también podrían dar un resultado para generar confianza y darnos una paz social.

La respuesta, a todos aquellos que están bogando por construir una paz en la Araucanía, para en definitiva terminar con la violencia de todos los lados, es frase o la visión política de Benito Juárez, que decía que el respeto del derecho ajeno es la paz.

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESOR FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA: Mucha gracias, profesor Millaleo.

Muy maciza y sugerente su intervención. Por lo demás, rescata una crítica que ha formulado el nuevo constitucionalismo latinoamericano, que más allá de las demonizaciones que se han intentado en su contra, busca reivindicar al amerindio de la teorización constitucional en nuestra América.

Yo comparto la invitación a un cambio de paradigma en ese sentido, para de algún modo no caer en ese excesivo eurocentrismo cultural, que es además un eurocentrismo euroatlántico, hoy por hoy.

A continuación, corresponden los comentarios, primero, del profesor José Zalaquett, ex co-Director de nuestro Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Profesor Zalaquett.

PROFESOR JOSÉ ZALAUQUETT DAHER: Buenas tardes.

Voy a referirme lo más sucintamente que pueda a ocho de nueve puntos.

El primero es el siguiente. Desde el punto de vista del Derecho Internacional, no hay más tratados vinculantes sobre materia indígena que el convenio de la OIT Número 169. Lo que hay además de eso, es una declaración que en teoría no es vinculante, pero tiene un valor simbólico importante, del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Y a nivel regional, esto es en las Américas, una apariencia de un proceso de crear una declaración, pero en realidad todo el mundo sabe que no va a llegar a ninguna parte.

En esta declaración y en estos postulados, se plantean tres grupos de derechos. Los derechos a los recursos naturales, a la tierra, al subsuelo, a la pesca, a los recursos forestales, en fin; los derechos a la cultura, al lenguaje, a la propia educación, al propio sistema de salud, incluso a los propios deportes, y si se quiere, a los sistemas de justicia vinculados a los derechos políticos, a las costumbres propias; lo tercero son los derechos de una cierta autonomía política.

Este último es el que más temen los gobiernos y los estados, porque tienen el temor de que sea una cuña que eventualmente prefigure una decisión o una separación de la Nación en dos, una secesión. En los cuatro casos en que ha habido un tratamiento del tema indígena sistemático por parte del Gobierno -algunos más exitosos, otros más vergonzosos- como Canadá, Nueva Zelandia, Australia y Estados Unidos, no se ha dado esta situación. Esto es que se produzca una tendencia hacia la escisión.

El sistema interamericano consta de dos situaciones, de dos facetas. Una de carácter político, que consiste en las tratativas de los gobiernos de dialogar para producir una declaración, pero este temor no confesado de que el reconocimiento de los derechos políticos puede conducir a un fraccionamiento del Estado, a una ruptura del Estado, a una secesión, los hace prolongar y prolongar estas discusiones sin llegar a ningún puerto.

El cuarto punto que quiero referirme es que habido esos cuatro países a que aludí, Nueva Zelandia, Australia, Canadá y Estados Unidos, ninguno de los cuatro ha firmado la Declaración de Naciones Unidas, porque prefieren tratar el asunto como un asunto nacional.

En definitiva, los bisnietos de los pueblos originarios -los bisnietos de aquellos que se mantuvieron como independientes en su momento- también prefieren eso, porque conciben que bajo el sistema de Estados Unidos, de Canadá, de Australia, de Nueva Zelandia, pueden conseguir mayores beneficios y disfrutar de mayores derechos que si se escindieran, lo que no está claro, naturalmente, en países como los nuestros.

El punto cinco que quiero señalar es que con posterioridad al fin de la Guerra Fría, se dio un nuevo impulso, bajo el



marco de los Derechos Humanos, a una lucha ancestral, no sólo de los pueblos indígenas, sino también por los derechos de otros colectivos, como las mujeres o los niños, o en fin. En suma, estas luchas, estas banderas vienen desde hace mucho tiempo -quizás desde hace muchos siglos-, pero después del fin de la Guerra Fría, con la legitimidad que adquirió el marco de los derechos humanos, cobran nuevos bríos dentro de ese marco.

El sexto punto es el siguiente. Se ha dado una cierta idealización de los pueblos originarios. Esta idealización consiste, primero en algunas posiciones que los imaginan como capturados en una gota de ámbar, que no cambian sus costumbres ni evolucionan a través de los siglos. Esto es absurdo, evidentemente. Si son derechos humanos, son seres humanos, y si son seres humanos, no son ni ángeles ni demonios, sino que tienen un poco, como todos los seres humanos, de ambas cosas. Yo creo personalmente que más de demonios que de ángeles tenemos los seres humanos. Pero cualquiera puede definir en la ecuación la combinación que le parezca.

En suma, los pueblos indígenas están compuestos de seres humanos, y por tanto evolucionan y no están capturados en una gota de ámbar, y también tienen sus debilidades. Voy a mencionar algunas de las debilidades.

Por supuesto que la debilidad que ya notó Alexis de Tocqueville en 1832, y que en unos años más tarde escribió su famosa Democracia en América, consiste en que en Estados Unidos había tres naciones: la dominante, que era la nación conquistadora; la nación negra de esclavos y la nación indígena.

Naturalmente, la explotación y el despojo que sufrieron las naciones indígenas fueron inconmensurables. Pero los bisnietos están estableciendo casinos, y algunas otras franquicias en los territorios que le han concedido como reservas.

Por otra parte, sabemos muy bien que entre las costumbres indígenas no están precisamente las costumbres feministas. En ese sentido hay organizaciones de consulta y de dirigencia dentro de las comunidades indígenas, que no consideran a las mujeres, y esto en realidad pugna con los derechos humanos. Al mismo que hay algunas formas de castigos que pugnan con los derechos humanos, en particular con el derecho a no establecer tratos crueles o castigos crueles, inhumanos o degradantes. Estoy diciendo todo esto en forma no provocativa, sino realista, espero.

El siguiente punto que quiero señalar es el punto séptimo, el de la jurisprudencia americana. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el sistema primero definido en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se ha ocupado de los temas indígenas en más o menos una docena de fallos, y ha establecido lo siguiente.

Primero, un derecho a la tierra, pero en definitiva establece un derecho comunitario, y no lo define, sino que deja a los estados la tarea de hacerlo. ¿Hasta qué punto el derecho comunitario significa delimitación, registro, disposición, etcétera?, eso no lo define. Naturalmente, eso es un dolor de cabeza, porque muchos Estados, particularmente en el caso aguas de Nicaragua, que fue el primer caso que estableció estos derechos territoriales, no saben cómo resolver ese asunto.

También ha resuelto algunos casos, particularmente en Paraguay, en que encuentra asociado el trato a las comunidades indígenas o a los pueblos originarios, junto con el derecho a la salud y vinculado este con el derecho a la vida, a las condiciones de vida, porque muchas de estas comunidades se encuentran a la vela del camino sin tener ningún acceso a alimentación o a condiciones de vida razonables.

Esta jurisprudencia de América Latina ha incursionado, asimismo, en materias como los derechos electorales,



estableciendo que hay una discriminación si se plantea que los indígenas, como también sucedió en Nicaragua, debieran estar de acuerdo a la ley electoral representados en un número de zonas distintas del país. Y resulta que, por su propia naturaleza, ellos tenían su población concentrada en una de estas zonas y no en varias. Por tanto, esta exigencia entrañaba una discriminación.

El siguiente punto, y aquí quiero referirme al octavo, dice relación con la solución constitucional del problema más espinudo que ven los países a mi juicio como un fantasma, pero que debe atenderse a este temor realistamente. Este fantasma o temor consiste en creer que el reconocimiento de la autonomía política va a hacer una especie de dobles por donde al primer tirón se raje el papel, y produzca una secesión.

El reconocimiento plurinacional de un Estado, yo creo que es esencial. Esto significa que también los pueblos indígenas van a tener derecho a sus fueros, a sus lenguajes, a su educación, sus costumbres.

Con respecto a la Constitución, creo que debe haber una sola Constitución, sin perjuicio de que esa Constitución pudiera señalar, de acuerdo a lo que se negocie, que haya una representación parlamentaria especial para los pueblos aborígenes u originarios. Creo también que el respeto por las costumbres, no significa que estas costumbres violen los derechos humanos, sino que el respeto a las costumbres significa siempre que estén en consonancia con los estándares de derechos humanos, en particular la no discriminación, la igualdad de género y los tratos crueles, inhumanos y degradantes.

El último punto que quiero tocar es uno al que aludí el profesor Millaleo, el de la justicia transicional, palabra o expresión con la cual yo no estoy de acuerdo, porque sugiere que la justicia misma es efímera, y también sugiere lo que es equívoco, que en el proceso de la reconstitución de los países quebrados luego de un grave conflicto, todo es justicia, o lo principal la justicia. La justicia es muy esencial, naturalmente, pero también lo es la verdad, la presentación de la memoria, las reparaciones y fortalecimiento institucional, el reconocimiento.

Sin embargo, la expresión ha ganado la batalla comunicacional, porque en definitiva en una cubierta de un libro o en un titular de un periódico no se puede poner “transición a la democracia y manejo de la violación de derechos humanos pasado”, es demasiado largo. Justicia transicional o transitional justice cabe en una cubierta de libro, cabe en un titular de periódico. No quiero con esto ser cínico, sino que realista.

Pienso que en esta materia ha habido dos tipos de situaciones. Una situación es la que se ha enfrentado el pasado reciente, y dos, una situación en que se han extendido estos mecanismos de comisión de verdad y de reparación, ha pasados distantes. De hecho, hay un libro “La Culpa de las Naciones” que trata precisamente de diez casos de estudio de reconocimiento de culpas muy distantes, desde la culpa del trabajo esclavo de la empresa alemana a poblaciones cautivas, hasta la culpa de los bancos suizos de no haber investigado bien el origen de los depósitos y mantener cuentacorrentistas, también judíos, hasta situaciones como la de Canadá, en la cual se estableció la Comisión de la Verdad para tratar las escuelas de adoctrinamiento de los niños esquimales de fines del Siglo XIX y a comienzos del Siglo XX.

Naturalmente, es algo que merece ser tratado, pero en el fondo creo que el problema de la justicia transicional se ha extendido más allá de toda proporción.

En ese sentido, creo necesario también un sinceramiento de cuál ha sido la historia del país. En Chile hubo un esfuerzo, que no conozco en detalle, que fue encabezado por el Presidente Aylwin, en que uno de sus hijos mayores, José Aylwin,



desde Temuco se ha dedicado a este tema. Este esfuerzo consistió en la Comisión de Esclarecimiento Histórico. Pero no conozco el detalle.

En suma, creo que es importante que haya un esfuerzo serio para establecer las bases sobre las cuales se reconoce la injusticia centenaria o más que centenaria y también la necesidad de reparación. No sé si la aplicación propia del mecanismo de justicia transicional sea la respuesta, pero en definitiva creo que la esencia es lo que acabo de señalar, y quiero dejarlo ahí.

Gracias.

...Aplausos

PROFESOR FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA: Muchas gracias, profesor Zalaquett.

A continuación, corresponde el comentario del profesor Cristián Román, profesor de Derecho Administrativo de nuestra Facultad, quien en los últimos años ha desarrollado una línea de investigación y publicaciones sistemáticas sobre esta cuestión, lo que es de suyo valioso tratándose del área que él cultiva. Abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Chile y Magíster en Derecho con mención en Derecho Público por la Universidad de Chile. Es autor de artículos y coautor del libro “Derecho Administrativo Chileno”.

Profesor Román.

PROFESOR CRISTIÁN ROMÁN CORDERO: Muy buenas noches.

Quisiera, en primer lugar, celebrar la realización de este tan actual y relevante seminario. Con él la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile cumple, por cierto, el rol histórico al que está permanentemente llamada.

Asimismo, deseo celebrar la realización de esta sesión, con estas características y propósitos, pues en ésta ya no sólo se analiza el proceso constituyente, sino que también los temas de fondo de la revisión constitucional en la que nos hallamos inmersos, y entre ellos, uno de los más relevantes y sensibles, en tanto que, tal como se ha señalado precedentemente, viene a cuestionar, nada más ni nada menos, que uno de paradigmas constitucionales de nuestro Chile Republicano, cual es, la idea del Estado unitario.

Felicito, además, al profesor Salvador Millaleo por su excelente y aguda presentación, así como al profesor José Zalaquett, por sus certeros comentarios.

Creo necesario, en primer lugar, como contexto, destacar lo mucho que se ha avanzado en esta materia desde el Acuerdo de Nueva Imperial, de 1989, a la fecha. En efecto, es tanto lo que se ha avanzado en esta materia en estos últimos 25 años, que nos encontramos hoy debatiendo, nada más ni nada menos, sobre el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios. Y mejor aún, teniendo presente, con meridiana claridad, el verdadero conflicto que subyace en lo que algunos denominan la “cuestión indígena” y que exige precisamente dicho reconocimiento.

En efecto, ya no entendemos, como aconteció hasta la década de los 80`s, que este conflicto es un simple problema de



campesinos pobres necesitados de tierra, ni menos aún leemos hoy expresiones tan desafortunadas respecto de estos pueblos originarios como las contenidas en una editorial de El Mercurio de Valparaíso, en 1859: “Los hombres no nacieron para vivir inútilmente, y como los animales selváticos, sin provecho del género humano. Y una asociación de bárbaros tan bárbaros como los pampas o como los araucanos, no es más que una horda de fieras que es urgente encadenar o destruir en el interés de la humanidad o en el bien de la civilización”.

O sea, reconozcámoslo, mucho se ha avanzado, y en poco tiempo, sobre esta materia. Y si bien aún nos queda mucho por avanzar, hoy contamos, y no nos extraña, con la Ley Indígena, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, la Ley Crea Borde Costero para las Comunidades Indígenas, el “Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato”, el documento “Re-Conocer, Pacto Social por la Multiculturalidad”, la Ley que Establece Medidas contra la Discriminación, el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, programas gubernamentales de salud multicultural, jardines y colegios con currículum intercultural, etcétera.

Actualmente, nos hallamos, por tanto, en un terreno propicio para debatir sobre el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios y su concreción en la práctica.

Dicho esto, cabe hacerse una primera pregunta, cuya respuesta da marco a toda la discusión posterior: ¿Es o no necesario, en el Chile actual, reconocer constitucionalmente a los pueblos originarios?

Para responderla, preciso es, por lo pronto, destacar el hecho que si analizamos el Derecho Constitucional Comparado a nivel latinoamericano, Chile es el único país que no ha hecho este reconocimiento. Pero: ¿Es realmente necesario? ¿Sí o no?

Es probable que muchos hayan tenido dudas al respecto. ¿Por qué? Porque todos hemos sido jurídicamente formados -o deformados- en una concepción de Nación única y Estado unitario. Dentro de esa perspectiva, se hace difícil asimilar la necesidad de establecer un reconocimiento constitucional de los pueblos originarios, máxime si no advertimos, *prima facie*, diferencias culturales sustantivas que validen poner en entredicho tales dogmas constitucionales.

A mí, en lo personal, me bastó leer la carta que el Jefe de los Pieles Rojas le envió al Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, a mediados del Siglo XIX, en respuesta al ofrecimiento de éste en orden a comprar el territorio en el que dicho pueblo originario habitaba. En ella, él le señaló simplemente que no entendía qué es vender o comprar el territorio, porque el territorio son ellos y ellos son el territorio. Incluso, a mayor abundamiento, en una parte que me interesaría leer, le representa el hecho que “para los hombres blancos (el territorio/tierra) es igual a otra, pues él es un extraño que llega de noche y se apodera de la tierra y de lo que necesita. La tierra no es su hermana, sino su enemiga, y cuando la ha conquistado, cabalga de nuevo, abandona la tumba de sus antepasados y no le importa. Él roba la tierra de sus hijos y no le importa nada. Él olvida las tumbas de sus padres y los derechos de nacimiento de sus hijos. Trata a su madre, la tierra, y a su hermano el cielo, como cosas que se pueden comprar y arrebatar, o que pueden vender como ovejas o perlas brillantes. Hambriento, se tragará la tierra y no dejará nada, sólo un desierto”.

De esta respuesta queda patente la habitual y a veces desconocida co-existencia, en un mismo territorio, de visiones culturales -o si se quiere cosmovisiones- diametralmente distintas. Lo anterior estimo se evidencia cada vez más en Chile, lo que amerita a lo menos discutir sobre el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios, en el entendido de ellos representan diversas visiones culturales que como tales no pueden sino que ser reconocidas y respetadas por el



ordenamiento jurídico constitucional.

Con todo, me gustaría llamar la atención sobre el hecho que el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios puede realizarse de las más diversas maneras. En efecto, si bien es cierto que en el Constitucionalismo Latinoamericano se aprecia un amplio reconocimiento constitucional de los pueblos originarios, éste no es el mismo. Así, por ejemplo, los Estados se declaran de distintas maneras: intercultural, plural, multiétnico, etcétera; en cuanto a la determinación política de los pueblos originarios, optan por mecanismos variopintos: o se reconocen plenamente, o bien sólo un régimen político y jurídico especial, o sólo el derecho a participar en la toma de decisiones que les afecten, etcétera; en cuanto a su rol político en el Estado: o se les reconoce una representación política privilegiada (representación en las cámaras legislativas o instancias de decisión administrativa, central o local), o sólo a ser consultados respecto de las decisiones que pudieran afectarles, etcétera; en cuanto al Derecho Consuetudinario Indígena: o se reconoce, o bien sí, pero con limitaciones tales como ser conforme al Derecho Estatal o a los Derechos Fundamentales (incluso reconociéndose, en algunos casos, un orden jurisdiccional especial), etcétera.

Con esto quiero destacar que, a la luz del Derecho Constitucional Comparado, no hay una solución única para el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios ni una única concreción práctica del mismo. Los Estados, los territorios y los pueblos originarios son distintos, así como también las fórmulas que se empleen al efecto. Así no es dable predicar respecto de una fórmula foránea la calidad de única, mejor o más propicia para replicar en Chile. Es preciso, en consecuencia, buscar la solución para Chile.

Con todo, cabe destacar que si bien en Chile no hay un reconocimiento constitucional expreso de los pueblos originarios, han existido varios proyectos de reforma constitucional que han pretendido establecerlo. Lamentablemente, la discusión no ha avanzado pues se ha entrampado, en algo que quizás quede en evidencia en este panel, cual es, la nomenclatura que se emplea para referirse a ellos. Hablar de pueblos, pueblos originarios, naciones, etnias, culturas, etcétera, es sustancialmente distinto, muy especialmente en cuanto a que de algunas de tales expresiones podría entenderse, a su vez, un reconocimiento implícito del derecho a la autodeterminación política. Así, por ejemplo, una cláusula que señalara “Chile es multicultural” sería aprobada con mayor facilidad que otra que señalara “Chile es multinacional”, pues de esta última podría colegirse que en Chile hay distintas naciones, todas las cuales tendrían derecho, por ser tales, a la autodeterminación política, lo que es férreamente resistido por determinados sectores políticos y parte importante de la población.

Por tanto, puede servir, quizás ya como táctica, a través de una reforma constitucional, alcanzar el estadio básico, cual es el reconocimiento del multiculturalismo en Chile, para instar luego un reconocimiento constitucional mayor de los pueblos originarios. Digo esto, pues esta cláusula constitucional permitiría que decante lentamente su alcance y permee al ordenamiento jurídico. Todo ello en el entendido que el reconocimiento del multiculturalismo, en sede constitucional, establecerá, al menos implícitamente, deberes para el Estado y sus órganos, muy en especial para el Poder Legislativo, en pos de su maximización.

En otro orden de cosas, estimo que es errado sostener que hoy en Chile no hay un reconocimiento de los pueblos originarios en sede constitucional. Si bien no hay reconocimiento explícito, sí implícito, conforme explico a continuación. La Constitución, en su artículo 126 bis, reconoce una excepción al régimen de gobierno y administración interior del



Estado, a través de lo que llama “territorios especiales”, los cuales se gobernarán y administrarán, conforme señala, en los términos que precise un estatuto aprobado por una ley orgánica constitucional (para cada territorio). ¿Cuáles son, en estos momentos, esos “territorios especiales”? Pues bien, Isla de Pascua y el Archipiélago de Juan Fernández.

Lo llamativo es que si uno analiza cuál es el verdadero fundamento que hay detrás del establecimiento de estos “territorios especiales”, no es el hecho que se trate de territorios ultramarinos o islas interoceánicas, sino más bien responder a las demandas que el pueblo Rapa Nui, que habita Isla de Pascua, ha realizado al Estado de Chile en pos de mayores grados de autonomía. En este entendido, la inclusión del Archipiélago de Juan Fernández dentro de esa categoría “camufla” lo anterior, propósito que queda corroborado si se considera que, a la fecha, sólo se ha enviado el proyecto de ley orgánica constitucional que establece el estatuto del “territorio especial” de Isla de Pascua

O sea, en los hechos, ha operado el reconocimiento constitucional del pueblo originario Rapa Nui, ya que el gobierno y administración de la Isla de Pascua se conformará a un estatuto que precisará una ley orgánica constitucional. El proyecto de ley que se ha enviado al Congreso Nacional propone la existencia de un Gobierno Insular (integrado por un Gobernador Insular y un Consejo de Desarrollo Insular), reconoce al Consejo de Ancianos de Rapa Nui, como máxima autoridad moral y espiritual, confiriéndole la misión de velar por la identidad, conservación y protección de la cultura rapa nui, y atribuye a la Municipalidad de Isla de Pascua competencias no contenidas en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

Tenemos así no sólo el reconocimiento constitucional implícito del pueblo originario Rapa Nui, que se concretará de mayor o menor manera conforme precise el estatuto del “territorio especial” de Isla de Pascua, sino también una opción a fin de instar regímenes de gobierno y administración especiales para territorios en los que importante porcentaje de la población pertenezca a un determinado pueblo originario.

En ese contexto, cabe destacar que el Informe de la Comisión Asesora para la Descentralización y el Desarrollo Regional, a propósito la Región de la Araucanía, más algunas comunas colindantes, propuso que se le de el carácter de “territorio especial”, en los términos del artículo 126 bis de la Constitución, destacando que la propia ley orgánica constitucional que establezca el estatuto de su gobierno y administración le otorgue el nombre.

Difiero con el profesor Salvador Millaleo en cuanto él señala que en Chile actualmente se apreciaría un conflicto entre naciones. Estimo que en Chile actualmente sí hay un conflicto, pero no es entre naciones, sino entre culturas; en otras palabras, no multinacional, sí multicultural.

En efecto, el problema que discutimos no dice relación con un solo pueblo originario sino que con muchos. Entre ellos, en rigor estricto, son pocos a los que cabría darle el carácter de nación, entre los cuales sí sobresale el pueblo mapuche. Es necesario, en consecuencia, distinguir entre los pueblos originarios que habitan Chile. ¿Y por qué planteo esto? Porque no deja de llamarme la atención que la señalada Comisión, en su propuesta, precise que la Región de la Araucanía es multicultural y, además, multinacional. O sea, dicha Región y sólo ella, es para la señalada Comisión, multinacional, pero no todo Chile.

A mayor abundamiento, todos los pueblos originarios tienen diferencias en cuanto a su cosmovisión, organización ancestral, homogeneidad, número de miembros, capacidad de crear instancias de representación, capacidad de crear



instancias de gobierno y administración, etcétera. Pensemos tan solo en el caso del pueblo Rapa Nui, que tiene una particularidad que lo diferencia de los demás existentes en Chile. ¿Cuál? Más del 90 % de sus miembros reside en un escenario geográfico específico, perfectamente delimitado y ubicado a más de 3.700 kilómetros del Chile Continental. Asimismo, cuenta con instancias de organización y representación ancestrales y, en tanto tales, indubitables.

Así las cosas, siendo los pueblos originarios que habitan Chile distintos, es dable que las soluciones que se establezcan en relación a cada uno de ellos sean igualmente distintas. Así, por ejemplo, que a algunos se les reconozcan parcelas de autonomía -en cuanto a gobierno y administración-, mientras que a otros sólo se les provea de mejor y mayor apoyo desde instancias administrativas.

En todo caso, estimo también que en esta materia no puede perderse de vista las particularidades del territorio nacional, que lo diferencian de cualquier otro Estado, que impone la necesidad de moderar siempre la concreción que pueda hacerse de una eventual cláusula de reconocimiento constitucional de los pueblos originarios, en cuanto a los grados de autonomía que a éstos se otorguen. Todo lo anterior por razones geopolíticas.

Chile tiene, sin dudar, una “loca geografía”, como señalara Benjamín Subercaseaux, misma que se contiene en una franja muy delgada y muy larga. Pues bien, en este contexto, estimo que el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios, en términos de darle a todos o algunos el carácter de nación y, en esa medida, concederles autonomía territorial, podría interrumpir la continuidad de gobierno y administración tan necesaria en un país cuyo territorio tiene tales características. Este problema yo al menos no lo advierto en países que sí han reconocido en tales términos a los pueblos originarios, ya sea reconociendo autonomía gubernamental y administrativa, o confiriéndoles cierta autonomía en el ámbito del Derecho, el Derecho Consuetudinario.

Esta característica del territorio nacional impone, en consecuencia, siempre, una atenuación de las fórmulas que puede aplicarse en comparación con las que se advierten en el Derecho Comparado.

Ahora, si reconociéramos en sede constitucional a los pueblos originarios. ¿En qué parte de la Constitución lo hacemos? Lo idóneo sería establecerlo en su preámbulo, ya que tendría un carácter no sólo jurídico sino que también simbólico, en cuanto al rol que estos pueblos han servido en la conformación de la Nación Chilena, o en el Capítulo “Bases de la Institucionalidad” o en uno análogo, pues así no sólo tendría el carácter de criterio interpretativo de la Constitución, sino que, conforme sea su redacción final, con mayor o menor fortaleza, importaría un deber de actuación para los distintos órganos del Estado en pos de concretar su mandato.

Con todo: ¿Qué tanto debe la Constitución regular? Creo que al respecto ésta debe efectuar el reconocimiento de los pueblos originarios y establecer sólo los aspectos medulares del mismo, y remitir su concreción a la ley, ya que, conforme, he señalado, son muchos los pueblos originarios a los que alcanzaría esa cláusula constitucional y muchas las singularidades de ellos, mismas que solo la ley puede de mejor modo considerar.

Recapitulando, el profesor Salvador Millaleo, en términos muy generales, nos habla de la necesidad de que una eventual nueva Constitución concrete un pacto social entre naciones. Por el contrario, estimo que la revisión constitucional hoy impone sólo la necesidad de un reconocimiento de la multiculturalidad de Chile. Quizás sólo en dos casos podría plantearse la tesis que propone: respecto del pueblo Rapa Nui y del pueblo mapuche, en la Región de la Araucanía (en



la que los miembros de esta etnia alcanzan al 24.7 % del total de la población regional).

En cuanto a lo que él califica de “colonialismo interno”, estimo que éste ha obedecido a la necesidad del Estado en orden a crear la idea de nación en los habitantes de un territorio que por sus particularidades puede fácilmente fragmentarse e interrumpirse. O sea, obedece a razones geopolíticas que no pueden, en caso alguno, soslayarse. Dichas características del territorio chileno, impiden, a su vez, reconocer, en términos demasiados amplios, autonomía gubernamental y administrativa a los pueblos originarios que en él habitan.

Finalmente, estimo que las propuestas del profesor Salvador Millaleo deben ser analizadas caso a caso, o si se quiere, en relación a cada pueblo originario, pues, como he señalado, todos tienen sustanciales particularidades y, por tanto, existen, entre ellos, importantes diferencias, muy especialmente en cuanto a la vocación y viabilidad de autogobierno y administración.

Por último, celebro el diálogo que hoy hemos tenido, pues solo instancias como éstas nos permitirán arribar, prontamente espero, al necesario reconocimiento constitucional de los pueblos originarios, no sólo por las razones jurídicas antes esgrimidas, sino porque ello constituirá, a mi juicio, un justo homenaje a la invaluable contribución que ellos han hecho a la conformación de nuestro Chile.

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESOR FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA: Muchas gracias, profesor Román.

A continuación vamos a abrir un tiempo de preguntas. Vamos a recoger las preguntas y finalmente le vamos a pedir a los profesores que se hagan cargo de ellas.

Pido a quienes quieran formular preguntas que estas sean muy precisas, por favor.

Profesor Quintana

PROFESOR QUINTANA: Muy buenas noches.

En realidad tengo tres preguntas bien precisas.

La primera preguntarla al profesor Millaleo. ¿Qué entiende por “nación”? porque la voz nación es esencialmente europea. Es un producto lingüístico europeo. Entonces me gustaría conocer qué entiende por nación, y a partir de ese concepto de nación, si acaso el concepto de nación equivale también al concepto de pueblo, según el Convenio 169, o es algo en su acepción distinta.

Segunda pregunta, cómo el profesor Millaleo encara la situación particular de dos pueblos, me refiero al pueblo aimara y al pueblo mapuche, que no solamente reconocen una realidad nacional, sino que también son pueblos transfronterizos, que también tienen presencia en Bolivia y Argentina. Es decir, si acaso esa visión de un pueblo, nación, comunidades mapuche, aimara, también importaría un reconocimiento a esos mismos pueblos, naciones o comunidades más allá de la cordillera.



Y una tercera pregunta y alcance, con el concepto de justicia transicional. Yo vengo llegando de Colombia, que ha llegado aparentemente a un acuerdo de paz bastante esperado, después de cinco décadas de guerra civil, y la discusión que allí se está dando es a propósito de una reforma constitucional que permita al Presidente de la República, entre otras cosas pactar una justicia transicional, es decir, una justicia en que conmutativamente las dos partes en el conflicto se reconocen la conveniencia de establecer reglas especiales que regulen el tránsito hacia la paz. Es decir, de qué manera van a ser juzgados aquellos agentes del Estado que han incurrido en violaciones a los derechos humanos, como aquellos miembros de las fuerzas rebeldes, en orden a ser juzgados también por los delitos perpetrados en todos estos años.

Entonces, hay un reconocimiento ahí, pero es conmutativo, bilateral, en el sentido de que ambas partes concuerdan en la necesidad de pactar reglas de transición hacia el régimen de paz definitivo o que deban de respetarse en régimen de paz.

La pregunta que le haría tanto al profesor Millaleo como al profesor Zalaquett, si en este sentido cobra sentido o es el mismo alcance que se le pretende dar a ese carácter bilateral, o es justicia transicional de naturaleza unilateral para uno de los bandos, a una de las dos partes, a una de las dos naciones o pueblos que aparezcan en este conflicto que pretenda resolverse a través de una nueva Constitución.

Segunda pregunta

ASISTENTE: Primero, el profesor Millaleo explicaba muy bien en términos académicos, el tema represivo que sufrieron los pueblos originarios y en particular el pueblo mapuche. Pero en términos más reales, eso significó una represión, una persecución para hacer desaparecer a un pueblo, que fue usurpado de sus territorios, de sus recursos, y por lo tanto a partir de eso un grado de injusticia histórica enorme.

Dicho esto, entonces uno se debe preguntar si el tema de la necesidad de una nueva Constitución entonces, hoy día, requiere reparar estos temas que marcaron una injusticia histórica, y que hoy día no es desconocida por nadie.

En ese sentido, entonces, las características de esta nueva Constitución requieren reparar no solamente un tema de Derecho en este sistema constitucional, sino que un sistema que efectivamente reconozca la realidad de naciones y de pueblos existentes anteriores al Estado chileno.

En ese sentido, entonces, el tema es hasta dónde estamos dispuestos a reconocer esa realidad. Hasta dónde estamos dispuestos a reconocer con conceptos más claros, la realidad de cada actor de este país, porque el pueblo mapuche es una Nación, y por tanto digamos también se le debe reconocer un territorio, que es más allá de dos regiones, como lo planteaba el profesor, porque hasta en Hornopirén tenemos mapuches, entonces es más allá de dos regiones.

Entonces, mi pregunta para todo el panel es qué dimensión le queremos dar a la nueva Constitución, y también si lo vamos a hacer con la participación de los actores involucrados o si desde el Estado chileno se va a seguir hablando de los originarios o de pueblo mapuche en particular, sin ser consideradas sus opiniones, como pasa hoy día en el parlamento, como pasa en el Gobierno, donde se habla y definen políticas para estos pueblos, pero no se les deja participar en la discusión y en las definiciones.

Tercera pregunta

ASISTENTE: Mari mari peñi.



Profesor Millaleo, una felicitación. Acá técnicamente, soy dirigente mapuche.

No sé si aquí, cuando usted expuso ha hecho mención de los tratados que tuvo el pueblo mapuche con la corona española y después con el Estado chileno, porque para empezar aquí tiene que hacerse una lectura de los tratados que ha tenido el pueblo mapuche con la corona y en particular con el Estado chileno.

En mi condición de dirigente, creo que hoy día una nueva Constitución tiene que hacer lectura de qué significan estos tratados, desde todos los Gobiernos.

Bien lo decía el expositor Román, de que aquí el Estado nos trató como si fuéramos barbaries. Desde esa perspectiva nosotros, los mapuches hoy día no queremos sentirnos como barbarie, queremos sentirnos como parte y actores fundamentales, porque todas estas tierras, donde se constituyó el Estado chileno, son de los pueblos originarios, en la cual nosotros tenemos más de trece mil años de existencia.

Gracias.

Cuarta pregunta

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Quiero felicitar al profesor Salvador Millaleo por su excelente exposición, y también destacar los comentarios de los profesores Román y Zalaquett.

Me interesaría si pudieran responder la pregunta respecto de la representación parlamentaria especial de los pueblos originarios, y particularmente cómo lo han resuelto estos cuatro países a los que se refirió el profesor Zalaquett.

PROFESOR SALVADOR MILLALEO HERNÁNDEZ: Yo quiero agradecer los comentarios, no sólo por la lucidez, sino porque además me permiten clarificar una serie de cosas que quizás no dejé muy claro, fui oscuro. Creo que en particular varias preguntas han dado en el hueso, o sea, cuál es el concepto de nación que estaría manejando, o cuál es el concepto de nación sobre el cual vamos a discutir.

Es evidente que en el pensamiento jurídico constitucional tenemos un concepto de nación, también creo que es evidente que el concepto de nación jurídico-constitucional tiene poco que ver con el concepto de nación sociológica, que es la discusión actual en la ciencia política, la sociología, en fin, se maneja.

El concepto de nación que tenemos, esta comunidad de personas que tienen este vínculo común, que se identifican entre sí, y la idea actual, que rige en las ciencias sociales de nación, es la que parte de este gran ensayo de Benedict Anderson, comunidades imaginarias.

Las naciones que son para Benedict Anderson, son comunidades imaginarias que se constituyen a partir de una construcción imaginaria común cuyas fronteras se están construyendo y reconstruyendo todos los días y en todas las escenas de la vida cultural.

Esto significa que la nación no es necesariamente una comunidad atávica, una comunidad definitiva, sino que es una comunidad que comparte un imaginario, que ese imaginario se refleja en ciertas instituciones comunes y que estas instituciones comunes tienen la capacidad de gobernar políticamente esa comunidad.



Esa noción es bastante menor, y a eso me refería con una noción menor de lo nacional o de nacionalismo, con el concepto jurídico-político que manejamos, que deriva de la noción europea romántica de nación. Mal que mal, el inventor del nacionalismo moderno es Fichte, conocido metafísico y filósofo idealista alemán. Entonces, es una noción que se superpone a la realidad; la realidad es bastante más modesta.

Por eso me atrevo a creer que puede ser consiste definir como naciones ciertas circunstancias que a lo mejor para el pensamiento jurídico clásico, no serían naciones, o ciertas comunidades, pero no todo pueblo quizás o no toda comunidad indígena podría ser una nación. Falta, sobre todo, que tenga un imaginario que se refleje en un cuerpo normativo con capacidad de gobierno político.

Entonces, habría que ver y habría que ver cómo se construye este imaginario, si se refleja en instituciones capaces de gobierno o no. Eso es cuestionable, tratándose de todas las comunidades indígenas. Habría que hacer una revisión. Me parece en cualquier caso que las comunidades indígenas más grandes como la rapa nui, la aimara, la atacameña y el caso mapuche pueden calificarse fácilmente como naciones, y esto en otros países no es ningún problema.

En Canadá y Estados Unidos se habla sin ninguna dificultad de las first nations, las primeras naciones, y desde muy temprano, en el common law en Estados Unidos, hay precedentes que reconocieron que incluso esas naciones no han cedido completamente la soberanía, sino que han cedido por supuesto en la gobernabilidad, pero retienen una parte de la soberanía, y es lo que en Estados Unidos se llama soberanía tribal, y los norteamericanos no tienen absolutamente ningún problema en reconocer estas construcciones.

Luego, en cuanto a justicia transicional, la verdad acepto todas las correcciones del profesor Zalaquett, que es una de las grandes autoridades a nivel internacional -él dice que no es- y los teóricos de la justicia transicional se inspiran mucho también en su trabajo.

El punto es que me refero más bien -para no ponerle un rótulo, sino para ser más concretos- a ciertos mecanismos en lugar de aplicar simplemente un orden jurídico ordinario. Creo que efectivamente los conflictos penales en el sur han llegado a un ámbito que requiere una acción política más sólida para restaurar la paz, que no necesariamente tiene que ver con la aplicación del Derecho Penal común, y que en cualquier caso, que yo creo que tiene que ser bilateral.

La violencia en el sur ha crecido, la aplicación del Derecho Penal común no ha resuelto el problema, sino que lo ha hecho crecer más, y ha crecido involucrando cada vez a más víctimas, en uno u otro bando si se prefiere mirar así.

Por ejemplo, en el bando mapuche, es claro que hace bastantes años los niños, los adolescentes mapuche son sujetos a violaciones a derechos humanos, de acuerdo a la Convención de Derechos del Niño, y en el caso del lado chileno, por llamarlo así, que los colonos, campesinos pobres, también son afectados por la violencia.

Entonces, en lugar de que la aplicación del Derecho Penal haya resuelto el conflicto, lo ha hecho escalar. Quizá lo necesario es ponerse a conversar para ver qué medios distintos o morigeradores del Derecho Penal, pueden utilizarse para uno y otro lado, con las correspondientes compensaciones, con el establecimiento de la verdad. No me refero sólo a la verdad histórica de lo que pasó hace cien o doscientos años -creo que la labor de la Comisión de verdad y nuevo trato es bastante valiosa en ese sentido- sino más bien al conflicto que hemos tenido en los últimos 25 años, el llamado o mal llamado “conflicto mapuche”, que ahora parece que también se va a volver el “conflicto rapa nui”.



Creo que hay mecanismos interesantes que podrían implementarse para dejar de lado los discursos punitivos, y luego para dejar de lado las reacciones a la criminalización y que nos podamos sentar a conversar de paz. Creo que son mecanismos interesantes. A lo mejor es mal llamado eso justicia transicional, pero creo que en lugar del Derecho Penal puede ser una alternativa interesante a explorar.

PROFESOR JOSÉ ZALAUQUET DAHER: En relación con una de las preguntas, en realidad me referí sólo a los tratados internacionales entre estados de la comunidad de naciones posterior a la Segunda Guerra Mundial, no me refería a los tratados entre la nación mapuche y el Estado chileno, que en realidad son tratados de imposición o de sometimiento. Evidentemente no me refería a eso.

Con respecto a lo que me preguntaba el profesor Quintana, en el caso de Colombia se da una situación en que ambas partes del conflicto han sido responsables de violaciones graves a los Derechos Humanos, como sucedió en El Salvador, como sucedió en Guatemala, también en Nicaragua pero ese es otro cuento.

Aunque ambas hacen muchas gárgaras y salemas y declaran estar dispuestas a que haya justicia transicional, en el fondo están interesadas en la impunidad

En este momento he leído en el diario que la FARC -no tengo mayores antecedentes más que los titulares de los diarios y artículos breves- que las FARC estarían aceptando un periodo de cárcel de cinco a ocho años. Me gustaría conocer la noticia completa.

En definitiva, cuando se comenzó el proceso de Colombia por el Presidente Uribe, con la desmilitarización de los paramilitares, se les ofreció una pena en suspenso que se activaría si reincidían o si no cumplían con los compromisos. Pero en definitiva las organizaciones de derechos humanos colombianas e internacionales criticaron mucho esto.

Sin embargo, tengo la intuición de que las organizaciones colombianas no criticarían lo mismo si se aplicara a las FARC -eso de la pena en suspenso- porque sin perjuicio de que buscan ser profesionales, su corazoncito está más cerca de las FARC que del Gobierno, desde hace mucho tiempo.

Finalmente, a lo que señalaba la profesora García Barzelatto, creo que es necesario establecer algún tipo de fuero constitucional, que va a depender de la negociación que se establezca. Primero, una declaración de aceptación de un plurinacionalismo en el sentido de una pluriculturalidad, y en ese sentido estoy de acuerdo con usted, profesor Millaleo.

En segundo lugar, que esto se manifieste en algún tipo de representación parlamentaria o del territorio que se reconozca como mapuche o con predominancia mapuche o bajo administración mapuche.

En tercer lugar, creo que este reconocimiento constitucional debiera establecerse en una sola Constitución y también el respeto a los derechos fundamentales, cualesquiera sean las costumbres ancestrales del pueblo que está siendo asimilado.

PROFESOR CRISTIÁN ROMÁN CORDERO: Respecto a lo que se nos consultaba, de qué manera podía tener participación en cuanto al nuevo régimen de gobierno y administración que podría establecerse en relación a algunas áreas geográficas en donde hay existencia de pueblos originarios, y en específico bajo la fórmula que yo planteaba, vale decir utilizar esta norma excepcional del 126 bis, que es el último párrafo de este título referido al Gobierno y Administración Interior del Estado, ciertamente esta nueva forma de gobierno y administración queda entregada a una



Ley Orgánica Constitucional, y dentro del proceso legislativo, especialmente el mensaje no puede sino que enviarse previa consulta de los pueblos afectados. O sea, ahí hay una instancia de participación y que fue la se dio a propósito del pueblo rapa nui, dado que el Gobierno previo a enviar el proyecto de Ley Orgánica Constitucional, que establecía el gobierno y administración del territorio especial Isla de Pascua, efectuó una consulta conforme a las disposiciones del Convenio 169 de la OIT.

En relación a la representación parlamentaria, el Censo es particularmente. De hecho, traté de informarme respecto del último Censo, y llegué al Censo del 2002, que da datos bien interesantes. Por ejemplo, el 24.7% -si mal no recuerdo- de la Región de la Araucanía, es de ascendencia mapuche. Particularmente me llamó ese dato la atención. O sea, es una región en donde un cuarto de la población tiene ascendencia o pertenece al pueblo originario mapuche. En el caso de Rapa Nui -si recuerdo bien- la cifra es del orden del noventa y tantos por ciento.

Dentro de esa lógica, pensemos a nivel de comuna, bueno si en la comuna hay 25% de personas que integran estos pueblos originarios, pues bien el 25% de los CORES deberán ser de esa etnia. Es una discriminación positiva, o si ustedes quieren, que haya una norma que establezca cuotas fijas. Lo mismo a nivel de una comuna, a nivel de la región, pero el problema se suscita a nivel nacional.

Pues bien, ahí deberá hacerse un Censo que establezca ciertamente quiénes tienen el carácter de pueblo originario, y de esa medida determinar la cuota o participación que se tenga en ambas Cámaras. Creo que esa es una solución bastante interesante. Y así existiría la bancada de los pueblos originarios, lo cual sería un gran cambio.

Vuelvo a insistir: esto es llegar a la Constitución. Cuando el problema llegue abiertamente a la Constitución, por ese solo efecto que importa un mandato a los órganos del Estado, importará a la larga que la problemática mapuche, el reconocimiento y el reconocimiento a instancias de participación y en específico de autonomía en cuanto a gobierno y administración, se van a hacer particularmente más fáciles de lo que han sido hasta el momento.

PROFESOR FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA: Muchas gracias, profesor Román.

Habiendo cumplido el cometido para el cual hemos sido convocados, profesores, mis agradecimientos.

...Aplausos



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Una gran conversación por

CHILE

Proceso constituyente y
nueva constitución política



CAPÍTULO XII / SESIÓN 1 DE OCTUBRE DE 2015

**GARANTÍAS DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES Y DERECHOS SOCIALES**





GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS SOCIALES

■■■

SESIÓN 1 DE OCTUBRE DE 2015

Expositor:

- *Profesor Javier Couso S.*

Comentarios:

- *Profesora Miriam Henríquez V.*
- *Profesor Francisco Saffie G.*
- *Profesor Andrés Mahnke M.*
- *Moderadora: Profesora Ana María García Barzelatto*

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Buenas tardes. Vamos a dar inicio a este décimo panel de nuestro de Ciclo de Discusiones sobre Proceso Constituyente y Nueva Constitución.

En esta oportunidad quiero dar las gracias al Defensor Nacional, porque nos acompaña en este acto y se ha interesado en aceptar nuestra invitación a comentar lo que vamos a tratar hoy día.

Nos acompañan en la mesa y le damos también la bienvenida al profesor Javier Couso, a la profesora Miriam Henríquez y al profesor Francisco Saffie.

El tema será “Garantía de los derechos fundamentales y derechos sociales”, que es un tema de enorme importancia, porque la Constitución hoy en día es una ley de garantía, una ley de garantía de los derechos, y la posibilidad de darles protección, sobre todo a los derechos sociales – en igual forma o en distinta forma, pero darles verdadera protección en la Constitución– es un hecho relevante que va a tener que abordar una nueva Constitución.

En primer lugar, entonces, expondrá el profesor Javier Couso, quien es Licenciado en Derecho de la Universidad Católica de Chile, y es Doctor en Derecho por la Universidad de Berkeley, California. Actualmente, se desempeña como profesor titular de Derecho Constitucional en la Universidad Diego Portales; también es titular de la Cátedra Príncipe Claus de la Universidad de Utrecht en Holanda. El profesor Couso ha sido visitante como profesor en universidades de varios países, como Australia, Holanda, Italia y Estados Unidos. Además, fue integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, y este año fue elegido como miembro asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado.

Adelante, profesor Couso.



PROFESOR JAVIER COUSO P.: Muchas gracias, profesora García. Muchas gracias a los comentaristas por estar acá y a todos a quienes asisten a este panel.

En este diálogo que ha habido y que por lo menos todo el mundo jurídico ha seguido con atención, es sumamente importante que lo haya abordado la Universidad de Chile, como la más antigua y más importante Universidad del país, y que en alguna medida haya mantenido vivo el debate sobre la nueva Constitución.

En ese espíritu, trataré de cumplir con los veinte o veinticinco minutos que me han asignado, para dejar tiempo a los muy notables comentaristas presentes, para abordar un tema que es extraordinariamente complejo. Así que partiré quizás planteando de manera muy estilizada las dos grandes posiciones que se articulan en relación a esta problemática.

Como sabemos, hace no demasiado tiempo los derechos fundamentales de tipo económico-social eran considerados como hermanos menores de los derechos fundamentales, civiles y políticos. En alguna medida, eran considerados aspiraciones, directrices programáticas, político-programáticas, dirigidas al legislador para que el legislador pudiera llevarlas a cabo, pero no tenían una garantía, en el sentido estricto de la palabra.

En algo así como cuatro décadas el mundo del Derecho Comparado vio un cambio radical en este sentido, tanto doctrinario como en términos de los textos constitucionales y en términos de las prácticas jurídicas; doctrinario –diría yo– ya que hace unos 20 años fue la última obra jurídica que terminó por sepultar la idea de que los derechos que antiguamente se denominaban como “negativos”, los civiles y políticos, no representaban costo fiscal; el derecho a no ser torturado, el derecho a la libertad de expresión, era un deber de abstención del Estado, y por lo tanto no involucraban gastos.

Holmes y compañía básicamente se focalizaron en el debido proceso para demostrar lo caro que es garantizar el derecho al debido proceso, y en ese sentido tener acá al Defensor Nacional es una muy útil forma de recordarlo.

Por otra parte, a partir de esto se planteó con mucha fuerza desde cultores del Derecho Internacional de los derechos humanos, la idea de la indivisibilidad entre derechos civiles y políticos, y derechos económico-sociales. Dejo los derechos culturales aparte, porque en el algún sentido pueden ser, por decirlo así, absorbidos por las otras dos categorías.

Me interesa especialmente –eso es lo que quisiera aportar hoy– avanzar no sólo a un análisis diríamos dogmático, que a mi juicio está bastante desarrollado, sino que socio-legal en este sentido y comparado, que traiga a colación qué ha pasado con países que han avanzado a la garantía constitucional, dándole remedios, como dice el Derecho anglosajón, efectivos a las personas que son titulares de derechos económicos y sociales.

En Chile –éste es un pequeño paréntesis–, dado que la Constitución del 80 no contemplaba garantías por los derechos económico-sociales, tuvimos esa especie de creativa pero jurídicamente algo aberrante noción de la propietarización de los derechos. Esta idea de que como no podíamos proteger el derecho a la educación, por ejemplo, se planteaba que uno tendría derecho de propiedad sobre la matrícula y por lo tanto en algunas ocasiones podía invocar una acción de protección, buscando llegar por esa vía a proteger derechos de carácter económico-sociales.

La literatura ha sido bastante dura respecto a las distorsiones que esto involucra, tanto para la propiedad como para los derechos económico-sociales. Diría que hoy día hay conciencia –y es bastante transversal en todos los sectores– de que es una mala forma de haber suplido la decisión de la Constitución del 80, de dejar sin garantía jurisdiccional a los derechos económico-sociales.



Por otra parte, y también para terminar de plantear los contornos entre los cuales este debate se está planteando en Chile, podríamos decir –extrapolándolo y poniendo de manera un poco polar la situación– que hay dos posiciones fundamentales. Una defendida por el profesor Jorge Correa Sutil en la inauguración de este Ciclo de Discusiones, que llama a una Constitución mínima, a una Constitución básica muy parecida a las constituciones clásicas del Siglo XIX, sólida, fuerte, vigorosa, robusta en materia de garantía de los derechos fundamentales de carácter civiles y políticos, pero sin inclusión siquiera de derechos económico-sociales en la Constitución, mucho menos una garantía de los derechos económicos sociales en la Constitución.

Por otro lado, podríamos citar al profesor Humberto Nogueira, que representa en nuestro país uno de los más fuertes defensores de la idea de la total equivalencia entre derechos civiles y políticos, con derechos económicos-sociales. Esos son los dos marcos en que, desde el punto de la doctrina, a mi juicio, se plantea el debate en Chile, cuando se trata este tópico.

Por otro lado, el contexto histórico muestra cómo varió la situación del Derecho Comparado, quizá con la muy importante excepción de países anglosajones, como los Estados Unidos, entre los países que tienen Constitución escrita, y el caso de los países que hasta hace poco reconocían a Inglaterra como su referente. Por ejemplo, Canadá no tenía Carta de Derechos hasta el año 82, y por lo tanto todo lo que era el desarrollo muy importante de los derechos sociales en Canadá estaba enteramente desarrollado por el legislador. Y vamos a volver a eso, porque a mi juicio eso es importante.

Obviamente, es muy fácil caricaturizar la posición contraria cuando uno comenta este tipo de problemas, El profesor y colega de la profesora Ana María García calificó la postura de Jorge Correa Sutil como “mezquina”. Aquellos que defienden la Constitución mínima serían constitucionalmente mezquinos, o en el peor de los casos estarían prisioneros del “Síndrome de Estocolmo”: básicamente amar la Constitución de Pinochet, a pesar de que están en principio en contra de ella.

Por otro lado, la caricaturización de la postura que defiende Nogueira, por ejemplo, es que lleva a una situación insostenible fiscalmente; que si tomamos realmente en serio que los derechos económico-sociales no tienen diferencia alguna desde el punto de vista de su naturaleza jurídica con los derechos civiles y políticos, y por lo tanto tienen ese carácter de hágase justicia aunque el mundo se caiga, bueno, el mundo presupuestario se va a caer. Ésa es la tesis. Estoy hablando de una manera muy coloquial, porque –insisto– quiero intentar abarcar lo más posible en poco tiempo. Pero ése es el debate teórico.

Me pareció útil hacer un análisis siquiera somero de la experiencia comparada de los últimos veinte o veinticinco años, de los países que han sido, por así decirlo, líderes en intentar dar garantías jurisdiccionales a los derechos económicos-sociales. Los líderes en la región latinoamericana son bastante conocidos, son los sospechosos habituales: Costa Rica (la Cuarta Constitucional de la Corte Suprema costarricense); Colombia, la Corte Constitucional Colombiana; Brasil, es un caso menos conocido pero que también ha experimentado mucha –por llamarla así– judicialización de derechos económicos sociales de carácter constitucional; y Sudáfrica, que es el caso muy conocido en el resto del mundo, que a partir de la Constitución del año 94 proclamó de manera muy asertiva no solo en la Constitución, sino que en el desarrollo jurisprudencial y que la Corte Constitucional Sudafricana ha hecho durante estos últimos veinte años derechos justiciables de naturaleza económico-social, particularmente la salud, la educación y la vivienda.

Entonces, lo que me parece interesante es ver qué ha ocurrido con esto, y acá es importante tener en cuenta que



desde el punto de vista si se quiere socio-legal, es interesante acotar que en América Latina el movimiento de mirar la Constitución como una fuente de potencial emancipación económico-social, una fuente de justicia social, es algo extremadamente nuevo.

Si uno revisa la literatura, lo paradigmático fue el libro de Eduardo Novoa Monreal del año 75, publicado en Venezuela, donde el ex profesor de esta Facultad planteaba que el Derecho, incluido el Derecho Constitucional y quizás particularmente el Derecho Civil y el Constitucional, representaban un obstáculo al cambio social, no una vía para alcanzar el cambio social.

Hago notar esto porque el cambio fue inmenso. El cambio en toda, por llamarlo así, la izquierda latinoamericana, la izquierda jurídica –como le gustaría llamarlo a José Francisco García, pero también autores de centro progresista– fue mirar al juez constitucional como una eventual fuente de justicia social, ésa que no se consigue en los parlamentos.

Esto coincide con un gran descreimiento de la política formal, producto de la corrupción de muchas de las democracias latinoamericanas, y entonces el juez también coincide con una visión idealizada del juez, producto del trabajo de Ronald Dworkin, esta idea del juez Hércules.

La idea es una lectura moral de la institución, la idea de que la Constitución no es sólo un conjunto de reglas que gobiernan el sistema político, sino que son algo así como el repositorio de una tradición constitucional que reúne no sólo reglas, sino que también principios, los principios más elevados de humanidad y que por lo tanto esos jueces están llamados a cumplir.

¿Qué nos dice, sin embargo, la experiencia comparada de estos últimos veinte o veinticinco años? Todavía es poco tiempo, y en ese sentido es provisorio. Para el Derecho Constitucional es poco tiempo. Pero ya hay cosas que debieran llamarnos la atención y quizá tener muy presentes a la hora de querer redactar una Constitución con derechos justiciables.

La experiencia costarricense es particularmente útil en este sentido, porque gracias al trabajo de autores como Bruce Wilson, que es quizás la persona que más ha estudiado esa Corte, la Sala Cuarta Constitucional de Costa Rica quiso ser realmente el ejemplo máximo de acceso a la justicia. Incluso ha habido casos de amparos, que vendría a ser algo así como una acción de protección, una acción constitucional directa, que han sido redactadas en servilletas telegramas, e-mails, etcétera, y acogidas a tramitación. Es, quizás, la Corte más disponible para todas las personas de ese país.

Con el tiempo, se fueron acumulando peticiones. La gente planteaba sus problemas, muchas veces gente en situaciones desesperadas, enfermedades catastróficas que superaban la capacidad de pago de las personas, y Bruce Wilson notó cómo los remedios eran algo toscos.

Alguien pedía un tratamiento y se le otorgaba. Si el tratamiento no existía en Costa Rica y existía sólo en Estados Unidos, por ejemplo, se otorgaba el pago para el traslado y tratamiento en los Estados Unidos.

El impacto fiscal que esto tuvo fue que hacia el año 2010, 700 personas, que estaban con enfermedades catastróficas, se llevaban el 15% del presupuesto de salud anual, de ese país de 4 millones de habitantes. Lo que dejaba a 3.999.300 con el 85% restante. Esto llamó a cierta preocupación, y lo que ha ido ocurriendo es un replanteamiento en ese país sobre cómo seguir avanzando.

En el caso de Colombia, investigadores de la Universidad de los Andes –no tiene nada que ver con la Universidad de



los Andes de Chile, nada personal— es quizás la más progresista junto con la Universidad Nacional de Colombia, gente extraordinariamente imbuida en la esperanza de la justicia social que puede traer la judicatura constitucional por la vía de garantizar derechos económico-sociales, se planteó el siguiente ejercicio.

¿Cuánto había cambiado el coeficiente de desigualdad, medido vía Coeficiente de Gini? Sabemos que es un coeficiente que tiene sus defectos. Desde Piketty, y Sáez, sabemos que mide la desigualdad de una manera menos fina, pero la mide menos fina porque la desigualdad suele ser mayor cuando uno utiliza la declaración de la renta, porque el Coeficiente de Gini se hace por vía de encuestas, y la gente extremadamente rica no contesta encuestas. En cambio, sí paga impuestos. Bueno, con suerte en los lugares donde se paga impuestos. Lo que determinó este estudio es que el Coeficiente de Gini, o sea la desigualdad en Colombia, no sólo no había mejorado después de veinticinco años de la más fuerte justiciabilidad de derechos económicos y sociales, sino que había empeorado.

En cuanto a Sudáfrica, la literatura más reciente focalizada sobre todo en casos de vivienda, ha planteado que más que forzar al Estado a construir más viviendas sociales, a dar viviendas dignas, finalmente el resultado empírico de los casos se ha traducido en la imposibilidad de que se aumente la renta, los costos de arrendamiento de ciertas habitaciones o que no se pueda expulsar a determinadas personas a cuenta gotas, por falta de pago.

Básicamente, quizás lo que tienen en común estos tres países, es que se intentó hacer justicia constitucional en materia económico social, mientras la economía política seguía siendo neoliberal. Esto fue el caso en Colombia, en buena parte del periodo que se vivió bajo el llamado Consenso de Washington, que como el Presidente Samper ha dicho, después de ser Presidente, tenía mucho más de Washington que de consenso.

En el caso de Sudáfrica, la situación fue parecida. La economía era básicamente neoliberal, y en el caso de Costa Rica tampoco fue demasiado diferente.

Finalmente, el más notable caso ha sido el brasileño, donde lo que hemos tenido son intentos de la Corte Federal del Supremo Tribunal Federal —que es equivalente a nuestra Corte Suprema y a nuestro Tribunal Constitucional, es una suerte de combinación— que intentó por varios mecanismos alterar políticas neoliberales, particularmente en el periodo de Cardoso, y se enfrentó a la desobediencia sistemática del Gobierno.

O sea, en otras palabras, se planteaba la legitimidad de un reclamo de carácter económico social fundado en un derecho fundamental, y el Gobierno lo que hacía era desconocer, en los hechos no declarar que no iba a cumplir, sino que no cumplía de manera muy sutil y tranquila.

El último ejemplo que quizá para mí es el más revelador de todos, fue el ocurrido en el sur de Europa después de la crisis del año 2008, como ustedes saben, y acá hay un caveat que hacer. Quizás es injusto evaluar la performance de los derechos económico-sociales cuando estamos en situaciones de casi colapso fiscal, como lo que ocurrió en España y Portugal. Pero ahí hubo casos en que cortes constitucionales se apuraron a defender programas sociales que estaban siendo cortados y derechamente fueron ignorados por el Gobierno.

Insisto: como rol se plantean la teoría de la justicia; una teoría y una práctica de la justicia requiere que haya escasez moderada, cuando la escasez es total o inmoderada, ni siquiera hay mucho espacio para hablar de la justicia.



Pero esto nos lleva al último punto, que plantea un viejo en el sentido intelectual de la palabra, aunque ya tiene sus años, un académico húngaro que trabajó toda su vida, hasta los cuarenta o cuarenta y cinco años, en la antigua Hungría Soviética, por decirlo así, y que luego le tocó ser un actor muy predominante en la construcción del constitucionalismo democrático húngaro.

Y la construcción de András Sajó fue bien notable. En un libro sobre este tópico –lamentablemente no está disponible en castellano– plantea que los derechos económico sociales que están incluidos en una Constitución, aun cuando no tengan mecanismos jurisdiccionales inmediatos, pueden ser un buen mecanismo para evitar el desmantelamiento del Estado de Bienestar, pero son extremadamente poco eficaces para obligar a un Estado a crear un Estado de Bienestar allí donde no lo hay.

La conclusión de Sajó, en este sentido, es inescapable. Si uno quiere efectivamente garantizar los derechos de carácter económico social, el camino del Parlamento es ineludible. El diablo está en los detalles. Los fallos son todavía o demasiado grandes o demasiado específicos. O le solucionan el problema a un individuo determinado o son declaratorias que pueden servir para que el legislador las tome y las desarrolle.

Pero en una era en que el Derecho Constitucional se mueve cada vez más entre la presión desde arriba del Derecho Internacional de los derechos humanos y la presión desde abajo, del Derecho Administrativo, es extraordinariamente importante, a mí juicio, pensar, sin apasionamientos, con la mayor cantidad de evidencia comparada posible, cómo en Chile pudiéramos establecer un sistema que reconozca estos derechos económicos sociales en la Constitución, pero que por otro lado se entienda que cuando llega la hora de implementarlos, se parece mucho más a las deliberaciones propias de la discusión presupuestaria, que por ejemplo hoy día estamos inaugurando en nuestro país, que a lo que decida un juez frente a un rostro concreto y sufriente, pero que le pide se le remedie una situación muy agravante.

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muchas gracias, profesor Couso.

A continuación escucharemos el comentario de don Andrés Mahnke, quien es abogado de la Universidad de Valparaíso, y desde el 24 de diciembre del 2014 ejerce el cargo de Defensor Nacional. Anteriormente se desempeñó como asesor experto en procesos de reforma a los sistemas de justicia en diversos países de Latinoamérica; ejerció como Director Administrativo Nacional de la Defensoría Penal y trabajó como asesor del Consejo de Alta Dirección Pública. Ha ejercido varios cargos ejecutivos en la dirección de políticas públicas en las áreas de reforma de la justicia y modernización del Estado. Y ha sido profesor de litigación oral en la Universidad de los Andes, y docente en el Instituto de Estudios Judiciales.

PROFESOR ANDRÉS MAHNKE M.: Muchas gracias por la presentación. Muchas gracias por la invitación. También tuve la oportunidad de acompañarlos en la jornada inaugural de este ciclo de discusiones y los felicito por todo el proceso y la motivación al desarrollar esta actividad tan relevante para nuestro país y nuestra sociedad en su conjunto.

El profesor Couso nos plantea el debate en lo que en términos simples ya todos conocemos y es el de derechos de



primera generación, derechos de segunda generación para no enunciarlos tan reiteradamente y la problemática que respecto de ello se produce.

Quizás la primera reflexión, desde mi punto de vista, para empezar este comentario, es que no hay que olvidar qué es lo que se le puede pedir a una Constitución y, en general, qué es lo que le podemos pedir a las normas, que no hacen milagros.

Si logramos que un sistema constitucional funcione bien, lo que estamos buscando es limitar el poder del Estado y que se garanticen los derechos fundamentales de las personas. Eso es lo que buscan las constituciones, para eso se crearon. Entonces, habría que partir de premisas bastante básicas, pero que son muy potentes en la historia de la humanidad.

En este contexto, los derechos de segunda generación, económicos, sociales y culturales y en particular me refiero a los que consisten en prestaciones. Hay otros que pertenecen a esta categoría, pero que no tienen esta misma dimensión, fundamentalmente los que dicen relación con temas laborales o del medio ambiente, que presentan las complicaciones que comenta el profesor Couso, que requieren la incorporación y la existencia de recursos que puedan amparar el ejercicio de estos derechos y no sólo la existencia e incorporación, sino que una visualización de las políticas económicas y presupuestarias de un Estado, que puede contar con esos recursos, pero que los está destinando por definiciones políticas a otros ámbitos distintos del derecho que podemos estar individualmente considerando y tratando en un momento determinado.

Como consecuencia de ello, la segunda dimensión, que también ha sido mencionada, es que la tutela jurídica, la posibilidad de recurrir al amparo judicial para la eficacia y el ejercicio de estos derechos se ve, si no limitada, hasta constreñida, a propósito de que no se le puede exigir al Estado, respecto de ciertos temas, que haga lo que no tiene la capacidad económica de hacer.

Dicho eso, si uno se concentra particularmente en los derechos de segunda generación, el propósito común y deseable que hay detrás de ellos es evidente –¡es evidente!– es fortalecer la igualdad material de las personas, mejorar los niveles, las condiciones de vida de los individuos o de grupos de personas, fundamentalmente de los más desventajados, de las personas vulnerables.

Entonces, con esa connotación uno naturalmente no se puede quedar de brazos cruzados y uno debiese tratar de caminar en el curso de la historia que nos encontramos hoy día, debe tratar de impulsar que su consagración sea del mayor rango posible, porque son temas relevantes y el propósito que hay detrás de ellos creo que nos interesa a todos como ciudadanos, en particular, del Estado de Chile.

Eso es así, me parece, y adelanto una posición, con todas las complicaciones que acabamos de ver en las dimensiones de la tutela jurídica y la necesidad de existencia de recursos, favorecerlos permite al menos poner en esa dimensión, en la dimensión constitucional, al Estado en el rol activo que tienen que tener de empezar a orientarse a alentar, a propender a que tenemos que garantizar y generar la cautela jurisdiccional que tienen esos derechos de segunda generación. Marca una dimensión, que quizás puede ser simplemente declarativa, y por lo tanto puede ser completamente ineficaz, pero ya es una dimensión que es un algo que nos permite no quedarnos de brazos cruzados.

Como contrapartida, si es que la consagración a ese nivel está aparejada de una precariedad absoluta en la respuesta para darle efectividad a ese ejercicio, claramente podemos generar el efecto contrario y que los ciudadanos se sientan



completamente defraudados. Que genere, en el fondo, una desconfianza hacia su Constitución, en particular, o al sistema democrático en su conjunto. Y ahí tenemos un juego que hay que cautelar, y desde esa reflexión quiero encaminarme a señalar, como ya lo adelantaba el profesor Couso, que en el ámbito de los derechos de primera generación, civiles y políticos, también está presente la necesidad de una participación activa del Estado y que invierta recursos importantes para poder garantizarlos y fortalecerlos.

Hablaba del ejemplo de la existencia de la Defensoría Penal Pública y de un sistema de justicia, del derecho a un debido proceso, y particularmente, no sólo hablando de la Defensoría Penal Pública, del derecho a defensa.

Nosotros, como país, tenemos un sistema –podemos sentirnos, no sé si orgullosos, yo me siento orgulloso y me gusta defenderlo– a estas alturas, en este período particularmente social de nuestro país y por la presión de los medios de comunicación, que también fundamentalmente juegan un rol relevante, un sistema de justicia penal que es poco defendible, ni siquiera los mismos intervinientes muchas veces lo defienden. Pero desde el punto de vista de si existe o no consagrado un debido proceso, parte desde la reforma procesal penal, y sí existe un derecho de defensa garantizado en cuanto a su ejercicio, parte en el ámbito penal con la creación de la Defensoría Penal Pública.

Antes, los tratados internacionales en nuestra Constitución –normas tanto internas como del sistema interamericano de derechos humanos– ya nos obligaban a tener y garantizar estos derechos, que son de primera generación, y la respuesta del Estado de Chile era francamente paupérrima en estos ámbitos.

Entonces, ¿qué he querido decir con esto? No es sólo una situación compleja para los derechos de segunda generación el hecho de que necesitemos algo más que consagrarlos, sino que eso también lo vemos en los derechos fundamentales, civiles y políticos.

Aquí permítanme una reflexión, y una reflexión un poco interesada. Si uno dice debido proceso en el sistema de justicia penal actual, derecho a defensa, Defensoría Penal Pública, que ofrece cobertura y calidad, en todos los ámbitos en que nosotros nos desenvolvemos. Por lo tanto ya tenemos un derecho garantizado, pero la verdad es que el derecho a defensa, en nuestro país, hoy está completamente amenazado y perturbado por una razón fundamental, que la Defensoría Penal Pública, que atiende el 92 por ciento de las personas imputadas de un ilícito en nuestro país, carece de autonomía.

Y si carece de autonomía, vemos amenazado el ejercicio del derecho a defensa por algunos ámbitos que voy a tratar de explicar brevemente, tampoco para aburrirlos y llevarlos a un debate que a nosotros nos interesa particularmente, y que es un desafío de esta institución buscar la autonomía, precisamente porque estimamos que evidentemente hay una vulneración de derechos fundamentales, particularmente del derecho a defensa, al carecer de autonomía la Defensoría Penal Pública.

Algunos ejemplos. El derecho de defensa no es de la Defensoría Penal Pública o de un defensor privado, es de los sujetos de ese derecho, que son los ciudadanos que tienen ese derecho y, por lo tanto, los defensores tienen que actuar de acuerdo con las instrucciones de esa persona que está siendo imputada por un ilícito, y no tienen otra orientación que responder y representar los intereses de esas personas, sobre la base de esa instrucción, con la única limitación de la ley y la ética profesional, por supuesto.

Si es que así fuese, ya tenemos algún inconveniente, porque esos intereses pueden ser completamente contrapuestos a los intereses de políticas públicas del sector justicia, o políticas institucionales que llevan o lleva adelante la misma



Defensoría Penal Pública.

Otro elemento central en este ámbito es que para que un derecho a defensa sea real, necesitamos evidentemente la inviolabilidad del defensor, que el llevar adelante este ejercicio frente a nuestros ciudadanos, no signifique que pueda ser sancionado, amenazado o que termine su función pública a propósito del ejercicio del derecho de defensa, como hoy día si está amenazado. Uno puede decir no ha ocurrido, pero está completamente amenazado, porque perfectamente respecto de un conflicto territorial en La Araucanía, podría reemplazar el 31 de diciembre a todos los defensores que se desempeñan en representación de las comunidades mapuches en ese conflicto, a petición del Gobierno, por ejemplo. Estoy diciendo algo en sentido figurado, porque eso no pasa. O, por ejemplo, el Gobierno derechamente podría decirme señor Andrés Mahnke, su cargo de Defensor Nacional hasta aquí no más llegó.

Por lo tanto, puede ser que no suceda, pero está amenazado el derecho, el derecho está perturbado. Estamos hablando de derechos de primera generación, y de acuerdo con nuestras normas constitucionales y con nuestros tratados internacionales, estos derechos no pueden ser amenazados.

Otro elemento central es que cuando los defensores públicos, particularmente, sostienen acciones en contra de los intereses del Gobierno y del Estado, en distintas causas en el nivel jurisdiccional nacional y también cuando actuamos derechamente en contra del Estado de Chile u otro Estado. Pero particularmente representémonos en el Estado de Chile, en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos.

Hoy día eso está claramente perturbado, y si está perturbado cuando hablamos de acceso a la justicia, representado precisamente por el derecho de defensa y el debido proceso, bueno, tenemos otra restricción o limitación que hoy día existe por el hecho de no contar con una Defensoría autónoma.

No quiero siquiera explayarme en temas de la necesidad de participar en el debate público en temas de seguridad y justicia, en que, a propósito de iniciativas político-sociales, de iniciativas legislativas, gran parte del debate que existe hoy día en intervinientes que bajo la apariencia de que estamos completamente equilibrados, que tenemos un órgano jurisdiccional independiente, un Ministerio Público que ejerce con exclusividad la persecución penal, constituido en forma autónoma, y una Defensoría Penal Pública que participa en ese debate en audiencia, también en forma independiente, pero que es organizada por una institución que no es autónoma y, por lo tanto, no tiene la misma entidad que los otros actores del proceso.

Muchos de esos debates están definidos en abstracto en nuestro Parlamento, por poner un ejemplo, en debates de prisión preventiva, porque precisamente parte ya de la definición de ese debate está resuelta por la ley, al obligar al juez en determinadas circunstancias a decretar prisión preventiva, sin siquiera evaluar las consideraciones de procedimiento que debiese tener en cuenta para el éxito de esa investigación, para la seguridad del ofendido, para la seguridad de la sociedad en el contexto de determinación de una medida cautelar de esa intensidad.

El debate lo perdimos antes, precisamente porque no existe un ámbito que contrarreste una visión mayoritaria que existe hoy día en el sistema de justicia penal a este respecto.

Voy terminando, para que también, como decía el profesor Couso, sea una conversación en este coloquio.



Si vamos a la historia, encontramos claramente, a propósito de la diferencia de los derechos fundamentales de primera y segunda generación, el por qué la Defensoría Penal Pública no es autónoma. No es autónoma, porque en la historia fidedigna de la ley, aparece que lo que se necesitaba para garantizar un derecho fundamental concebido bajo ninguna duda dentro de los derechos civiles y políticos, era una manifestación de la política social del Estado. Y lo que requeríamos era una organización dentro de la estructura descentralizada de este mismo Estado, que estableciera ciertas prestaciones asistenciales a grupos particularmente vulnerables.

Claro, en esa dimensión, se entiende, pero ésta es la dimensión precisamente por donde no se mueve el debido proceso. Es evidente que no se mueve el derecho de defensa y es precisamente una excepción de estos derechos que parecen de primera generación, que por ende debiesen ser considerados como negativos, y no son negativos porque tienen impacto presupuestario y requieren la movilización del Estado para garantizarlos debidamente. Por lo tanto, la autonomía de la Defensoría en este contexto lo que hace, sin duda, es profundizar el debido proceso y fortalecer el derecho de defensa.

Finalmente, en este debate, señalar que desde el punto de vista de lo que a nosotros nos toca identificar, más allá de la consagración normativa, sea ésta constitucional o legal, y particularmente la constitucional, debemos impulsar políticas del Estado que permitan que el rol del Estado sea bastante más activo en el ejercicio de estos derechos, que son fundamentales en cualquiera de las dos dimensiones, primera y segunda generación, civiles o políticos, económicos o sociales.

Tenemos que impulsar que el Estado se comprometa, se incorpore, se prepare para esas garantías, y que no bajo discusiones normativas o académicas que podamos entender que, bueno, aquí están los fundamentos, es porque hay un tema económico, y por ese tema económico no puede tener una tutela jurídica adecuada, y quedarnos, como decía al inicio, de brazos cruzados. Los derechos se mezclan indudablemente. Cuando hablamos de derechos como el derecho a la educación, el derecho a la salud, y por supuesto el derecho a defensa, estamos hablando de ámbitos que se desarrollan y se desenvuelven en nuestra sociedad, completa e interrelacionadamente.

Termino con una reflexión que hoy día Mario Waissbluth, el director de Educación 2020, ha reflejado largamente con toda claridad, y que Víctor Hugo, hace dos siglos atrás, lo reflejó en una sola frase, que la voy a leer para no equivocarme: “Abrid escuelas para cerrar prisiones”.

Esa es la vinculación que hay entre distintos derechos y que uno puede decir ése era de primera generación y éste es de segunda generación. Lo importante, desde el punto de vista de lo que quiero llamar la atención, es que necesitamos en uno y en otro, sin perjuicio de la consagración con el debate que pueda haber de algo que puede ser beneficioso, y en otro un tanto complejo, necesitamos movilizar al Estado a entender que ambas dimensiones son igualmente responsables y que juegan un rol determinante para el fortalecimiento de la convivencia social en nuestro país.

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muchas gracias, profesor Andrés Mahnke.

Tiene la palabra, a continuación, la profesora Miriam Henríquez Viñas. Ella es Abogada de la Universidad Nacional de



Comahue en Argentina, y Magíster en Derecho Público por la Pontificia Universidad Católica de Chile, y obtuvo el grado de Doctora en Ciencias Jurídicas en la Universidad de Santiago de Compostela.

Es profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Alberto Hurtado y es autora de numerosos artículos en revistas nacionales y extranjeras.

Tiene la palabra, profesora.

PROFESORA MIRIAM HENRÍQUEZ V.: Muchas gracias, profesora García.

En primer lugar, quiero agradecer la invitación que me cursaron a participar de este Ciclo de Discusiones “Proceso Constituyente y Nueva Constitución Política” y particularmente en el tema que nos convoca esta tarde, que tiene que ver con garantías de los derechos fundamentales en general y de los derechos sociales en particular.

Quisiera comenzar diciendo que es la segunda oportunidad que tengo de participar en esta Aula Magna y en esta Facultad, comentando un trabajo del profesor Javier Couso, y la verdad que es un privilegio, porque me ha permitido conocer su obra y desde esa perspectiva anticiparme a su comentario, y por eso traigo algunas ideas escritas.

Me parece que el debate sobre las garantías de los derechos fundamentales de cada a una nueva Constitución, debiera recoger al menos tres asuntos que son principales, como punto de partida.

Primero, me parece indispensable establecer cuál es el concepto que tiene quien habla de los derechos fundamentales y también el concepto que tenemos de garantías. Eso por un lado.

En segundo lugar, quizá revisar cuál es el catálogo completo de las distintas garantías de los derechos fundamentales, porque en el caso de la presentación del profesor Couso y del Defensor Nacional, de alguna manera nos estamos circunscribiendo sólo y específicamente a las garantías jurisdiccionales.

Tengo la impresión de que la garantía de los derechos fundamentales en general y de los derechos sociales en particular, tiene un abanico de garantías que es muchísimo más amplio. Entiendo que por razones de tiempo siempre nos tenemos que abocar a aquellos que son más problemáticos o polémicos.

Y me parece que como propuesta, en tercer término, y ésta va a ser la estructura de mi comentario, quizás una de las garantías indispensables de los derechos fundamentales es que en esta nueva Constitución –tengo la confianza que vamos a enfrentar un proceso constituyente próximo, que dé como resultado una nueva Constitución– es necesario que exista una suficiente definición estructural de los derechos fundamentales. Por esa vía, quizá podamos salvar este temor del activismo judicial como fantasma que comparto con el profesor Couso, que de alguna forma podría ocasionar dificultades en la manera que se protegen los derechos fundamentales.

Como dije, para comenzar, estimo que todo comentario sobre la garantía de los derechos fundamentales debe comenzar señalando, o tomando parte sobre lo que se entiende por “derechos fundamentales”, y también por lo que entendemos por “garantías”.

Los derechos fundamentales son, a mi juicio, institutos jurídicos que proceden de acuerdos sociales sobre bienes valiosos que en un momento determinado la sociedad estima necesarios consagrarlos positivamente a nivel constitucional como



derechos y no como objetos de protección. A su vez, concibo a las garantías, en términos generales, como aquellos elementos imprescindibles para la real eficacia jurídica de los derechos fundamentales

Creo que anticipar un concepto de derechos fundamentales es necesario por cuanto ello puede ayudar a esclarecer los términos del debate que sobre los derechos sociales se ha planteado, es decir la discusión sobre su naturaleza o no de derechos fundamentales, o como decía el profesor Couso en su presentación, como los hermanos pobres, las meras aspiraciones o expectativas.

En tal sentido, el concepto “no esencialista” de los derechos que propongo permite eludir ese debate –a mi juicio artificial– que opone los derechos llamados “tradicionales”, como los de libertad, con los llamados “derechos sociales”. Pues, si los derechos proceden de la voluntad popular, no tienen una preexistencia metajurídica y mucho menos están jerarquizados de conformidad a una supuesta naturaleza.

Respecto a las garantías, me parece conveniente que previo a reflexionar sobre las “mejores” garantías de cara a una nueva Constitución, se puedan listar aquellas que actualmente se reconocen en las Constituciones contemporáneas. Así, si observamos el catálogo de las actuales Constituciones es posible advertir que no solamente existen las garantías jurisdiccionales; al menos en nuestro medio, cuando pensamos en los derechos fundamentales en general o en los derechos sociales, siempre terminamos refiriéndonos a si estos derechos se encuentran o no garantizados por las acciones constitucionales, y al menos en relación con los derechos sociales, la no garantía via acción de protección, y este remedio por la vida de la propietario de los derechos en general. Me parece que un catálogo de garantías más amplio, nos tendría que llevar a pensar, por ejemplo, en las garantías normativas o abstractas; también en las garantías concretas o jurisdiccionales e incluso en las garantías institucionales, como se mencionaba recién

Con respecto a las primeras, las garantías abstractas, corresponden a todas aquellas previsiones constitucionales, de carácter general, que orientan o disciplinan la actuación de los poderes públicos.

De esta forma, sus destinatarios son los poderes públicos y su objeto es evitar que la actividad o inactividad de estos pueda implicar un desconocimiento o vulneración de los derechos constitucionales.

Se trata, en síntesis, de limitaciones al margen de actuación de los poderes públicos y, en particular, de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Su objeto es evitar que normas de rango inferior a la Constitución, emanadas de alguno de los poderes citados, desarrollen los derechos fundamentales despojándolos del contenido y eficacia con que la Constitución pretende dotarlos.

En tal sentido, cualquier discusión sobre nuevas o mejores garantías, en este proceso constituyente, de las garantías abstractas de los derechos constitucionales debiera, al menos, considerar estos asuntos:

- a. *La directa aplicabilidad de los derechos constitucionalmente establecidos. Nosotros sabemos que la Constitución podría tener una eficacia directa o indirecta, y la pregunta que nos hacemos es qué ventaja tendría la aplicación directa de los derechos constitucionales, por ejemplo, que el juez o los jueces pudieran aplicar la Constitución como una fuente del Derecho más.*
- b. *También una cuestión que nos deberíamos cuestionar, en esta lógica de las garantías abstractas, es la reserva de ley en la limitación y regulación del ejercicio de los derechos constitucionales, y desde esa perspectiva cuestionarnos, particularmente,*



si esta reserva de ley debiera ser de ley simple. A mi juicio debiera ser de ley simple, y prácticamente no dar espacio para en esta materia la regulación por leyes de quórum reforzado.

c. Incluso, cuestionarnos en esta materia de las garantías abstractas, las distintas vías de garantía de la supremacía constitucional.

Respecto del segundo grupo de garantías anunciado, las garantías concretas y jurisdiccionales, sobre las que enfatizó la ponencia del profesor Couso, sabemos consisten en aquellos instrumentos reactivos que permiten a las personas, en cada caso en que se repute producida una vulneración de un derecho constitucional, a acudir a los órganos jurisdiccionales y obtener la preservación del derecho o el restablecimiento del mismo.

Si se reflexiona sobre las actuales garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales, identificamos en primer término que existe un catálogo, un abanico de acciones constitucionales que van protegiendo distintos derechos constitucionales.

En primer término, la acción de protección, aparentemente, no cumple con todos los estándares de ser una acción propiamente cautelar de derechos fundamentales. Tanto así, que autores como Juan Carlos Ferrada ha calificado la acción de protección como un sucedáneo de un contencioso administrativo.

Por otra parte, por ejemplo, la acción de reclamación por pérdida o desconocimiento de nacionalidad, por razón de sus exagerados requisitos, el plazo brevísimo de su interposición y el solo hecho de que se deba interponer ante la Corte Suprema, en los hechos ha significado que sólo una docena de casos se hayan deducidos en relación con esta acción. En general todos coinciden con el hecho de tratarse de niños a quienes se les han desconocido la nacionalidad chilena, por la situación irregular en que se encuentran sus padres extranjeros.

A propósito de la acción de indemnización por error judicial, que es un tema que la profesora Ana María García ha tratado de manera profusa en un texto de acciones protectoras de derechos fundamentales, que hemos escrito las profesoras de Derecho Público del país, podemos dar cuenta de que las sentencias recaídas a propósito de esta acción se estiman alrededor de cinco o seis sentencias, y esto es porque el ámbito de la responsabilidad del Estado juez, esto es sólo circunscripto al ámbito penal. Si además sumamos a eso que el texto constitucional no se aviene con la reforma procesal penal, prácticamente los supuestos en que podría ser viable la acción son claramente limitados.

Si este es el conjunto de las garantías jurisdiccionales abstractas, y de alguna manera el diagnóstico es que su funcionamiento no es del todo eficaz, quizá pensando en una nueva Constitución, podríamos modelar la posibilidad de que se establezca una sola acción constitucional para la protección de todos los derechos, que sea efectivamente una acción constitucional de carácter cautelar, que sean conocidos por los tribunales ordinarios de justicia, que sea una acción de conocimiento preferente, con un procedimiento breve, sumario, informal, etcétera, y que efectivamente sea una acción cautelar.

En relación con las garantías institucionales, sabemos que pueden ser genéricas o específicas. Las genéricas constituyen, por ejemplo, los medios de control parlamentario de la acción de Gobierno y el mismo derecho de petición. Las garantías específicas están relacionadas con las instituciones avaladas por la Constitución para la protección de los derechos constitucionales.

En ese sentido, coincido con la necesidad de pensar, por ejemplo, en consagrar otros órganos constitucionales autónomos, como la Defensoría Penal para la protección de estos derechos y rescatar algunas discusiones que han sido enarboladas por años en nuestro medio, como por ejemplo la necesidad de consagrar un órgano, una institución como el Defensor



del Pueblo o el Ombudsman en la propia Constitución

Sin embargo, mi propuesta, que pretende modestamente salvar los escollos señalados por el presentador, graficado en las experiencias de Costa Rica, Brasil, Sudáfrica y Colombia, importa considerar, además de las garantías antes señaladas, una suficiente definición estructural de los derechos fundamentales.

En tal sentido, la primera garantía de eficacia de los derechos fundamentales es su consignación en un texto positivo. Con esta afirmación no tomo partido en torno al fundamento de los derechos ni señalo que los derechos deben ser desarrollados, simplemente constato que un derecho escrito despeja cualquier controversia en torno a su existencia jurídica.

Luego, la nueva Constitución debiera tener una especial preocupación por determinar con la mayor precisión posible los elementos estructurales de todo derecho fundamental, a saber su titular, su destinatario, su contenido, los límites y garantías, de tal forma que se reduzcan al mínimo posible las zonas de penumbra que, por abandonadas a la interpretación, postergan hasta el incumplimiento contenidos constitucionales.

Una manera de reducir las zonas de penumbra es que los derechos fundamentales expresados por normas constitucionales reconozcan como titulares a todas las personas, es decir que tengan un carácter universal.

En segundo lugar, los derechos debieran formularse como imperativos negativos de no lesión, en el caso de los derechos de libertad; o bien imperativos positivos de prestación, como lo son los derechos sociales. En cuanto imperativos constitucionalizados altamente reglados, los mismos pueden operar como argumentos en las motivaciones de la política legislativa y colaboran, al mismo tiempo que disminuyen los ámbitos de discrecionalidad, en su aplicación en el ámbito jurisdiccional, tanto en sede judicial, como en el control de constitucionalidad de las leyes, factor que contribuye a despejar el temor por el “Gobierno de los Jueces” y el “Activismo Judicial”.

En tercer lugar, a ellos, a los derechos, debieran corresponderles prohibiciones y obligaciones erga omnes e impuestas a la esfera pública como su garantía, en cuanto reglas que se actúan o se aplican.

De esta forma, los derechos constitucionales se actuarían por el legislador de la siguiente forma: la prohibición de su lesión, es decir de la dictación de leyes contrarias a ellos; y la obligación de producir leyes que los garanticen.

El incumplimiento de la prohibición por el legislador implicaría en nuestro medio que el órgano de justicia constitucional inaplique o anule las leyes contrarias a las normas constitucionales de derechos fundamentales. El incumplimiento de la obligación supondría la necesaria regulación de la inconstitucionalidad por omisión y el mandato de ejecución al legislador.

Por su parte, a los jueces o al Poder Judicial correspondería solo aplicar tales garantías o reglas. Esta forma de establecer los derechos constitucionales, a mi juicio, reduciría al mínimo la impropia autonomía del legislador y de los jueces, resguardando así el principio de separación de funciones, la sujeción de los jueces a la ley y el Estado democrático y constitucional de Derecho. Con esta propuesta –creo– no soy detractora de una Constitución generosa en derechos ni partidaria de desarrolladas “salas de máquinas constitucionales”.

Muchas gracias.

...Aplausos



PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muchas gracias, profesora Henríquez.

A continuación, escucharemos la intervención del profesor Francisco Saffie, quien cursó sus estudios de Derecho en esta Facultad, es Magíster en Tributación por la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile. Es Doctor en Derecho por la Universidad de Edimburgo, y actualmente es profesor de Derecho en la Universidad Adolfo Ibáñez.

PROFESOR FRANCISCO SAFFIE G.: Gracias por la invitación, profesora García.

Para mí es una gran oportunidad para aprovechar este escenario para conversar con panelistas con los que tengo la oportunidad de compartir, sobre temas que me parecen relevantes

Para mí, en principio la invitación supone no olvidar tampoco cuáles son mis principales motivaciones como investigador, y en ese sentido mirar cuál es la conexión que existe, si es que en principio aparece lejana, entre la potestad fiscal y el reconocimiento de derechos fundamentales y derechos sociales. Yo creo que algo de eso está rondando en la presentación del profesor Couso; algo de eso está también en los comentarios que han hecho tanto el Defensor Nacional como la profesora Henríquez.

En ese sentido, me gustaría no sólo enfocarme en la cuestión respecto del costo de los derechos, o cuán riesgoso es desde un punto de vista económico el reconocimiento de los derechos sociales. El profesor Couso nos recordaba que el profesor Correa Sutil se preocupa, o tiene esa preocupación, respecto de cuán posible es reconocer derechos sociales y garantizarlos efectivamente, ahí donde existe limitación de recursos.

Entonces, la forma en la que quiero llegar no es directa, sino que es indirecta, a través de revisar en principio cuál es el fundamento del reconocimiento de estos derechos económicos y sociales, para después intentar, a través de ese fundamento, mirar cuáles son las garantías.

En ese sentido, el aporte que intento hacer se acerca también en un nivel intermedio, no tanto ya de directrices respecto de cuál debiera ser el reconocimiento positivo en la Constitución de estas garantías, pero sí en un nivel intermedio respecto de la presentación de la profesora Henríquez, en el sentido de mirar cuáles podrían ser alternativas, o cómo el fundamento del reconocimiento de estos derechos implica revisar las garantías y la forma tradicional que hemos pensado de esas garantías.

En ese sentido, cuando uno quiere mirar el fundamento del reconocimiento de estos derechos económicos y sociales, uno no puede dejar de mirar cuál es la conexión que existe entre la ciudadanía, como comunidad destino y la idea de solidaridad como compensación de las diferencias que se producen entre los ciudadanos.

Evidentemente, uno no puede dejar de mirar ambas cuestiones al mismo tiempo, porque, y a propósito de la nueva Constitución, el reconocimiento de los derechos fundamentales y derechos sociales, a mí juicio –y en el caso chileno es paradigmático–, implica una redefinición del contrato social, una redefinición de los términos en los cuales nos entendemos como ciudadanos y cómo entendemos a su vez que ciertas demandas de la solidaridad son reflejadas a través del reconocimiento de ciertos derechos.

En ese sentido, en mi opinión, estamos bien atrasados en la posibilidad de llegar a un determinado acuerdo social respecto de la necesidad del reconocimiento de los derechos fundamentales y de los derechos sociales en particular y de sus garantías, evidentemente,



A pesar de que evidentemente comparto políticamente la necesidad del reconocimiento de estos derechos sociales y de sus garantías ¿por qué digo que estamos lejanos en términos sociales? Está bien, podemos conversar y creo que en el panel parece que estamos de acuerdo en la necesidad de reconocimiento de estos derechos y sus garantías, pero la pregunta es cómo se le da una cierta viabilidad política.

Ya vivimos la experiencia de una reforma tributaria que de alguna forma no contó con la viabilidad política que la hiciera posible, y entonces hoy día estamos discutiendo qué hacemos con la reforma que ya se aprobó. Incluso algunas de las medidas que ya entraron en vigencia, ayer particularmente la cláusula general anti elusión – gran medida– entonces eso es algo que uno tiene que tener en consideración, no cómo uno le da cierta viabilidad.

Yo digo que me parece que estamos un poco lejanos a la viabilidad del reconocimiento de las garantías de estos derechos sociales. En particular si uno atiende a cierta literatura que ha intentado mostrar por distintas consideraciones, tanto económicas como sociales, cómo el reconocimiento de estas garantías a través del Estado del Bienestar, fue puesto en riesgo y cómo es necesario repensarlo. En consecuencia, al mirar sus fundamentos podemos quizás evitar los problemas que tuvieron los estados de bienestar al reconocer estos derechos.

O sea, la viabilidad política no quiere decir simplemente llegar a un consenso, llegar a un acuerdo, sino que es mirar el fundamento para a su vez intentar ver cómo darle viabilidad al reconocimiento de estas garantías, intentando superar las limitaciones que en el Derecho Comparado vemos que tuvo el Estado de Bienestar respecto del reconocimiento de estos derechos económicos y sus garantías.

En ese sentido, yo creo que la literatura provee en particular dos libros que son bien interesantes. Además del costo de los derechos al que hacía referencia el profesor Couso, hay dos libros que me parecen particularmente interesantes en este sentido. Yo no pretendo ser demasiado original en la contribución que quiero hacer ahora, sino que aportar a la discusión de estos temas.

Hay un libro de Cecile Fabre que se llama “Social Rights under the Constitution”, Los derechos sociales bajo la Constitución, que discute analíticamente sobre la necesidad de reconocer estos derechos para efectos de la autonomía, y cómo el reconocimiento de estos derechos en la Constitución, supone darle viabilidad y en ese sentido voy a retomar a Fabre en la segunda parte de la exposición, darle viabilidad en términos jurídicos al reconocimiento de estos derechos, evitando los problemas que han tenido en el Estado de Bienestar estos derechos.

El segundo libro, que a mí juicio también es bien interesante, es uno de Pierre Rosanvallon, que se llama “La nueva Cuestión Social”, es un libro del 95, donde Rosanvallon, que es un filósofo político que es clave en intentar entender la reinterpretación de cierta filosofía política a la cual uno apelaría en principio para intentar resolver estos problemas, propone superar los problemas del Estado de Bienestar y el reconocimiento y garantía de los derechos sociales, de forma tal de revisar qué es lo que hay detrás de esto. Este libro es el que me permite mirar más los fundamentos.

¿Y por qué digo que estamos atrás? Rosanvallon cree que una cuestión crucial a la hora del reconocimiento de las garantías de los derechos sociales, es la idea de Nación. O sea, uno no puede entender –en términos constitucionales es difícil de interpretar la conexión que existe entre ciudadanía, solidaridad y Nación– si es que no entiende qué es lo que hay detrás de la apelación a la idea de Nación como unidad, como unidad de ciudadanía, y no necesariamente en



términos arcaicos, sino que en términos modernos. Vale decir, no comunidad en términos de un comunitarismo arcaico que niega la dimensión de la autonomía y el liberalismo moderno, sino que en una dimensión que hace posible –en esto recuerdo en algo a Castoriadis– la igual autonomía para todos.

Hay un pasaje que, como dicen en las teleseries, cualquier coincidencia es mera casualidad, que yo creo que se aplica directamente a Chile. Dice: hoy en día es imposible preservar el Estado de Providencia, el Estado de Bienestar, sin rehacer la nación de cierta manera. Es decir, sin redificar el pedestal cívico sobre el cual se arraiga el reconocimiento de una deuda social mutua. Por otra parte, tal vez sea eso lo que permite explicar en profundidad, la dificultad de introducir un Estado de Providencia en la mayoría de los países del tercer mundo. Si es imposible desarrollar un sistema asegurador, sin desarrollo económico y generalización del trabajo asalariado, la falta de Estado de Providencia Solidarista, obedece principalmente al carácter superficial de la identidad colectiva. Cuando el sentimiento nacional se deriva sobre todo de la apropiación individual de símbolos valorizantes, según el modo de la identificación con deportistas –yo no lo digo, lo dice Rosanvallon–, o vedettes, por ejemplo, o cuando procede de una simple oposición a terceros, no permite fundar obligaciones recíprocas. La Nación sólo se comprende entonces según el modo de un bloque idealizado al que se presupone unificado y homogéneo. No es aprehendida como un espacio de redistribución que hay que hacer vivir, se la comprende como algo dado, cuando lo que hay que hacer es construirla. La perversión populista de la idea de Nación se debe a este escamoteo de la dimensión democrática solidarista. Se valora la unidad del pueblo, exaltando el rechazo del extranjero, para evitar pensar en los términos de la deuda social interior.

Entonces si nosotros hoy día queremos proveer de una especial eficacia y protección a los derechos sociales, en la posible nueva Constitución, se hace necesario reflotar esta forma en que la Nación implica redistribución y solidaridad entre los miembros de una comunidad política como la que nosotros deberíamos aspirar, no por oposición a aquellos que niegan esos derechos, sino en mostrar la necesidad de esos derechos. Eso es lo que va a hacer posible el reconocimiento de estos derechos sociales en la forma que se requiere en una Constitución que sea del pueblo.

Por tanto, la forma en que se financian estas garantías de los derechos sociales se vuelve cada vez más relevante, y ahí es donde el problema tributario es un problema importante. Uno podría pensar, en principio, que la eficacia de la garantía de los derechos sociales supone que el Estado tenga la cantidad suficiente de recursos como para financiar ese gasto que exige el reconocimiento de esas garantías.

El profesor Couso nos recordaba el caso de Costa Rica en particular, con esta idea de que 700 personas se llevan el 15% del presupuesto de salud, generando un impacto, yo no diría solamente un impacto fiscal grande, sino que además un problema de justicia. O sea, si la idea es reconocer garantías sociales de forma universal, lo que este tipo de aseguramiento de derechos sociales hace, finalmente es simplemente individualizar de una forma que niega la dimensión universalista.

Entonces, en la noción de contribución genera otro problema, porque uno podría decir, bueno, efectivamente es fácil decir hagamos una reforma tributaria para aumentar los recursos fiscales, aumentémoslos, Esto no quiere decir que yo sea contrario a la reforma tributaria, Lo que estoy diciendo es que estoy pensando en el futuro. Hoy día la reforma es absolutamente necesaria.

El punto es que lo que la reforma tributaria también muestra, y el desarrollo de los estados de bienestar muestra, es que no se puede aumentar la recaudación y el gasto público a través exclusivamente de tributos, manteniendo ceteris paribus las condiciones económicas en las cuales nos encontramos.



El Estado de Bienestar recurrió a la deuda. Eso uno podría discutir si es que es una forma adecuada o no es una forma adecuada de financiamiento, ceteris paribus, bueno, si seguimos aumentando los impuestos ¿qué es lo que ocurre en un mundo globalizado? El capital amenaza con irse y algunos de los capitalistas ya lo hicieron, y entonces estamos en problemas.

Lo que uno debería pensar es cómo volver a pensar esa idea fundamental de los impuestos, la idea de contribución, la noción de contribución. ¿Qué es lo que hay detrás de los impuestos, de los tributos en general? La idea de solidaridad. Entonces, la pregunta que se abre para el futuro es pensemos –esto queda como pregunta abierta– nuevas formas que deberían adoptar las obligaciones de contribución. No es simplemente el financiamiento de una determinada contraprestación de un derecho social a través de un determinado pago, porque eso también es diseñado de cierta forma como se ha dado hasta ahora y es simplemente seguridad social, y la seguridad social en algún sentido niega la dimensión distributiva de la garantía de los derechos sociales. Entonces hay allí un problema al futuro. Hay que pensar en eso. Eso queda pendiente.

Pero si uno quisiera abstraer aún más ese problema, lo que los derechos sociales y la garantía de los derechos sociales nos muestran, es que no puede uno, tal como señalaba el profesor Javier Couso cuando decía bueno, se intentó hacer justicia social bajo política económica neoliberal, lo que uno no puede hacer es separar el mundo económico del mundo social. Y en el mundo social, entiendo al mundo jurídico, parte de los problemas filosóficos que subyacen en el Estado de Bienestar y en el reconocimiento de los derechos sociales y sus garantías, fue la separación casi como de Muralla China entre el mundo económico y el mundo jurídico. Vale decir, nosotros reconocemos los derechos sociales y sus garantías, sin realmente mirar cuáles son las consecuencias que estos generan en el mundo económico.

Esto supone, a mí juicio, no subyugarse al mundo económico, sino que, por el contrario, recurrir al viejo Polanyi y decir miremos cómo el mundo económico también tiene que estar involucrado en la definición de la Constitución, y esto nos lleva a la discusión sobre la constitución económica, y todo está vinculado en algún sentido cuando queremos discutir este tema, .como decía el Defensor Nacional,

Entonces, esto me permite mirar el segundo punto ¿Cómo uno puede entender que estas cuestiones, cómo uno puede entender que todos estos problemas filosóficos que genera la discusión sobre los fundamentos de los derechos sociales y el reconocimiento de sus garantías, tiene algún reflejo institucional? Yo diría que esto supone mirar en algún sentido qué significa el reconocimiento de los derechos sociales y sus garantías. Esto supone, de nuevo, ir a discutir sobre si es que estos derechos son derechos subjetivos; y si son derechos subjetivos tienen el reconocimiento, como diría la profesora Henríquez, tienen el reconocimiento institucional que estamos acostumbrados a mirar, o van a empezar a surgir los problemas que el profesor Couso nos decía.

Pero a lo mejor lo que queremos decir, es que a pesar de reconocer los derechos individuales como garantías, no necesariamente estamos hablando de derechos subjetivos. ¿Qué implica eso? Bueno, imaginación institucional, como diría Unger.

Esa imaginación institucional ¿qué requiere? ¿Puede existir redefinición de derechos subjetivos, a pesar de que no sean universalizables como garantías de derechos sociales? Sí, puede ser. Y ahí yo no estoy aportando mucho. Rosanvallon dice lo que usted debería mirar en realidad y deberíamos pensar, es decir finalmente las garantías de estos derechos, a pesar de no ser Derecho Administrativo propiamente tal, deberían asemejarse a eso a través de la función judicial. ¿Por



qué? Porque si lo que queremos realizar es la solidaridad como compensación de esas diferencias, lo que tengo que atender es al principio de distribución según necesidad. Entonces empiezo a mirar el reconocimiento de estos derechos, a pesar de que son derechos universales, aparecen como derechos especificados en un nivel judicial respecto de un individuo, pero no como derecho subjetivo.

Entonces, uno dice, bueno, Rosanvallon nos deja en las mismas. No nos ayuda mucho. Pero ahí es donde uno podría complementar con Fabre, y uno dice, bueno, Fabre qué es lo que está diciendo. Mire, a lo mejor ellos no hablan, no conversan en sus textos, pero lo que uno podría decir ahí es si Rosanvallon nos propone eso y nos dice miremos esto, ésta es la alternativa, pero finalmente nos deja donde mismo. Uno podría mirar que la propuesta de Fabre. Lo que dice es que el reconocimiento de estos derechos como derechos subjetivos, judicializables, no necesariamente implica que el reconocimiento judicial conlleve prestación. Vale decir, el reconocimiento de ese derecho a través de una garantía judicial, no necesariamente se traduce directamente en una prestación para ese individuo particular. Pero sí podría llegar a ser –esto también a lo mejor presenta dificultades– podría ser una orden para el Parlamento, una orden al legislador. Vale decir, un tribunal exige al legislador una determinada solución para ese problema.

Como ven, yo diría que las alternativas de la profesora Henríquez, en nuestro sistema hoy día parecieran ser mejores alternativas que estas que estamos empujándonos a pensar. Sin embargo, estas alternativas que uno debería empujarse a pensar, se hacen necesarias para en el futuro tener al menos en consideración los posibles problemas, las posibles limitaciones que surgirían en caso de que el reconocimiento de estos derechos sociales y sus garantías nos llevase a un Estado de Bienestar tradicional.

Eso es lo que quería aportar por hoy día.

Gracias.

... Aplausos

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muchas gracias, profesor Saffie.

Vamos ahora a abrir un espacio para preguntas del público. Por favor si se pueden identificar antes de hacer su pregunta.

Primera pregunta

Tengo en realidad dos observaciones, más que preguntas. La primera es que cuando el último expositor cuando hablaba de todas estas deudas sociales, obligaciones, deberes y todo, yo tenía entendido que la deuda o la elección de los deberes se contraían, pero aquí parece que no se contraen, ya vienen por defecto.

Me parece que hay una petición de principio, y yo la mejor formulación del principio que he encontrado, al menos, es la del profesor Fernando Atria, que habla de un proceso que le llama “pedagogía lenta”, que es una idea que toma de un filósofo canadiense no muy conocido que se llama Charles Taylor. Creo que es la mejor enunciación del principio que hay detrás de la petición, porque las otras formulaciones que he escuchado siempre son sensiblerías o sofismas patéticos. ¡Hay, cómo vamos a dejar a esa gente ahí abandonada a sí misma! ¿Cómo es tan insensible?



Esa pedagogía lenta es una idea bastante original, bastante ingeniosa. Pero creo que él mismo lo dice, depende de que haya un aprendizaje, y el aprendizaje también puede fracasar. Entonces, el llegar a ese punto es algo que va a depender de la práctica política de cómo entendemos las relaciones entre nosotros. Creo que a esa meta bien podría llegarse o no llegarse. A lo mejor, en todos estos países europeos que tenemos de modelo, la pedagogía lenta tuvo cierto éxito, pero eso no significa que aquí la misma pedagogía vaya a ser exitosa. El tema del realismo sin renuncia creo que es una señal de que no está siendo muy exitosa al menos en principio.

Lo otro es cuando hablaba de todo este tema de la sostenibilidad fiscal y cómo se financia todo esto, veo todo el derrotero que han seguido estos países endeudados hasta ya más allá de una capacidad de pago, que están prácticamente quebrados y me acuerdo de Keynes cuando decía que a largo plazo estaremos todos muertos. Porque, claro, es re fácil emitir deudas, endeudarse, y bueno, llega el momento en que los acreedores no quieren prestar más plata y ¿quién tiene que pagar eso? Las generaciones que vienen después. Como una familia que se endeuda, que se da una vida sobre sus posibilidades, y bueno, mueren, y las obligaciones pasan a la descendencia.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Gracias.

Tiene la palabra el profesor Francisco Zúñiga.

Segunda pregunta.

PROFESOR FRANCISCO ZÚÑIGA U.: Primero, felicitar al panel, muy interesante.

Perdón que tome la palabra, pero estimando que hay un poco de ropa tendida, no quería dejar sin recoger dos observaciones críticas respecto de lo planteado por el profesor Javier Couso.

Primera: me preocupa en su intervención el uso de estereotipos, o que él asuma como válidos esos estereotipos. Estoy pensando en el estereotipo de Jorge Correa, cuando analiza la cuestión de los derechos sociales, en orden a meter en el corral de los derechos sociales a todos los derechos sociales, como si fueran todos derechos prestacionales. El caso de los derechos vinculados al mundo del trabajo es un buen ejemplo de derechos no prestacionales, y que naturalmente son derechos que pueden tener perfecta tutela judicial.

Lo segundo es la caracterización de la izquierda jurídica como una izquierda especialmente afecta al activismo judicial. Bien sabe el profesor Javier Couso que si hay izquierda jurídica, yo lo dudo por más que Humberto Nogueira esté situado en ese corral, la izquierda jurídica local al menos no es principalmente afecta al activismo judicial. No hay razones para tener especial confianza ni en el Poder Judicial ni en el Tribunal Constitucional.

Lo segundo, respecto de la discusión situada en el campo puramente fiscal y redistributivo de los derechos sociales de contenido prestacional o de los derechos civiles de contenido prestacional, como los relativos al acceso a la justicia, creo que es una discusión que tiene límites. Ahí creo que lo prudente es volver al viejo planteamiento que hace Marshall en “Ciudadanía y Clase Social”, en orden a que los derechos sociales deben estar situados en un ámbito político, en un ámbito relativo a las estrategias de desarrollo, y al tipo de modelo de desarrollo que queremos, porque, claro, puesto en las coordenadas puramente fiscales, las posibilidades que el Estado tiene desde el punto de vista de bienes públicos son muy limitadas, y están supeditadas a los altos y bajos de la economía.

Gracias.



Tercera pregunta

JOAQUÍN ROJAS M.: Soy alumno de cuarto año de esta Facultad, y mi pregunta es para el señor Andrés Mahnke.

Yo estoy de acuerdo y creo que es difícil no estarlo con que la reforma procesal-penal significó un enorme paso en dirección al debido proceso, y en ese sentido también al respeto por los derechos fundamentales. Pero usted mencionó una institución, a mi juicio crítica, que es la de la prisión preventiva, porque puede constituir ésta una enorme amenaza a los derechos fundamentales. Por un lado, sin que haya sentencia condenatoria, puede constituir un adelantamiento de la punibilidad para el que va a ser y termina siendo condenado. O, por otro lado, puede significar una grave infracción, aunque institucional, y esto lo critico, de aquel que posteriormente es declarado como inocente.

Entonces, la pregunta es ¿qué tan compatible diría usted que es la existencia de la prisión preventiva, con los derechos fundamentales?

Cuarta pregunta

MAURICIO DÍAZ.: Quisiera hacer una pregunta al profesor Couso o que él pudiera indagar un poco más en esto que me llamó mucho la atención, que tiene que ver con cómo poder conciliar los derechos fundamentales sociales con un modelo económico que dé cuenta de ello.

En otras palabras, teniendo en consideración que Chile es un país neoliberal –no sé si existe algún país no neoliberal– cómo poder crear, no sé si un sistema económico, no creo que quieran hacer dicho cambio, pero cómo generar un modelo de desarrollo sustentable con cierto nivel de protección de derechos fundamentales y sociales. Básicamente es eso: la relación entre sistema económico, derechos fundamentales, y cómo crear un mecanismo, si es que existe en otros países –no lo sé– para considerar esos ámbitos que sin duda tienen que coexistir en mi opinión.

Quinta pregunta

JOSÉ GARCÍA: Soy abogado de esta Facultad. Y mi pregunta en realidad es para cualquiera de los tres profesores, a propósito de esta misma idea del modelo económico, de insertar especies de políticas sociales que serían como injertos dentro de un modelo ajeno.

La pregunta que quería hacer es por la cláusula que tiene la regulación constitucional de la propiedad, frente a la operatividad de los derechos sociales, porque al menos en la discusión política chilena de los últimos años, cuando se ha esbozado alguna posibilidad de reforma redistributiva, independiente del tono y los matices que tenga, lo primero que se aduce como obstáculo es que altera o contraviene la regulación constitucional de la propiedad.

Entonces, cuál sería la relación entre estos dos elementos, y quizás cómo se regula en otros países.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Vamos a comenzar a dar respuesta, entonces.

Profesor Couso tiene la palabra.

PROFESOR JAVIER COUSO S.: Muchas gracias, profesora García.

Quería nada más referirme a algunos de los comentarios.



Creo que hemos avanzado bastante en el panel en distinguir que hay un concepto sociológico o politológico de los derechos sociales, opuesto a un concepto técnico-jurídico. Eso es particularmente claro con lo que planteaba por un lado el profesor Francisco Zúñiga, y por otro lado la profesora Miriam Henríquez.

Creo que es súper importante esta definición, porque las dos son operativas en el debate político jurídico, y cuando uno aborda un debate constitucional no sólo por razones de legitimidad, sino porque en la práctica es así, es un momento donde los no abogados participan. Entonces, es bueno tener claro que yo también soy optimista, que vamos a tener una nueva Constitución, puede tomar un par de años más o cuatro años, pero vamos a tenerla. Pero es importante que lo tengamos claro los abogados, porque si no el peligro de hablar en dos planos distintos en que nos entendamos es muy complicado.

Yendo, por ejemplo, a la idea de la aplicación directa a la Constitución y la homologación de las garantías de derechos fundamentales clásicos con económico-sociales, creo que también hay que dar cuenta de lo siguiente.

Hay una tradición cultural, hay un prototipo de lo que significa hacer jurisdicción que tiene que ver con casos y que derrama incluso la justicia constitucional, que tiene que ver con un caso concreto, un drama humano concreto; un juez que tiene que aplicar una norma preexistente y que a veces la crea al hacerlo, pero es una realidad. Y la pregunta quizá que yo le haría a la profesora Miriam Henríquez es cómo evitar que ese prototipo no derrame a garantías concretas de manera que se vayan apilando en una cuenta muy larga, y que tenga los efectos redistributivos complicados que planteaba el profesor Francisco Zúñiga. Me explico: finalmente, también hay estudios que dicen que son las capas medias y altas que van a la justicia constitucional. Si uno añade que un derecho, si yo realmente creo que el derecho prestacional a la salud involucra tratamientos superlativamente caros, mil millones de pesos, cien millones al año por persona en remedios, etcétera, ¿cómo llego no al 15%, sino que al 25% del presupuesto, con el consecuente problema de redistribuir cada vez menos al resto que no llega? Ésa es una pregunta muy concreta del peligro que ya en otros países se está dando.

Insisto: a mí el juez me puede decir “a mí no me interesa, no fui informado”,

Acá hay una experiencia de Noruega muy interesante –muy breve lo cuento– de un combinado de doctores, médicos, abogados y economistas que estudiaron cuáles son los protocolos bioéticos para recursos escasos que usan los médicos, particularmente cuando hay donación de órganos ¿qué criterios se usan? Se hace el trasplante al que va a tener más salud, al que está más sano. Se hace el trasplante al que es más joven. Todos esos criterios el juez no los incorpora. Él hace justicia ante el rostro de la persona que está ahí, porque, insisto, hay mil años de tradición de hacer justicia. Entonces, la pregunta es cómo conectar estas dos cosas. La imaginación, en el fondo, es la imitación sobre imaginación institucional.

También está el problema político. Garzón Valdés habla de los derechos fundamentales, y alguien que todos conocemos como un coto vedado donde las mayorías no entran. Está vedado a las democracias el coto de los derechos fundamentales.

Profesora Henríquez, tomé nota que decías “derechos fundamentales como garantías abstractas y concretas, orientan o disciplinan a los poderes públicos”. Y la pregunta es qué espacio dejamos para la política económica que pudiera ser entendida por un juez como contradictoria con ciertos derechos económico-sociales.

En cuanto a la otra pregunta, a mí no me interesa esa política económica, pero pudiera haber alguien que dice yo soy liberal, creo en pocos impuestos, no en muchos impuestos. ¿Qué hacemos ahí? ¿Hasta dónde llega el coto vedado? Es



una pregunta que particularmente no la tengo tanto yo como sí la tiene el profesor Correa. Y como no está Correa acá, voy a lo del profesor Francisco Zúñiga, y yo creo que el profesor Zúñiga tiene toda la razón.

Correa no habla de los derechos prestacionales. O sea, habla de derechos prestacionales y no, por ejemplo, de los derechos laborales. Pero yo diría que en Chile no ha sido la Constitución ni la justicia constitucional la que ha hecho más por los derechos del trabajo.

En cuanto al debate que estamos teniendo hoy día ¿había mejores derechos laborales antes de José Piñera y su plan laboral? Y la justicia constitucional ha sido particularmente estéril, impotente, salvo los jueces laborales, que eso es otra historia. Pero no la justicia constitucional en su máxima expresión. La Corte de Apelaciones o la Suprema vía protección o la Corte Constitucional.

Respecto a la izquierda jurídica, yo entiendo lo que dice el profesor Zúñiga, pero me llama la atención que no hubo nadie de la izquierda en Chile que se opusiera a darle más potestades al Tribunal Constitucional el año 2005, y no menos. Entonces, me cuesta entender por qué. O sea, no es especialmente afecta a la justicia constitucional la izquierda en Chile, pero le dio más derechos, con la singular excepción de Fernando Atria, que quería abolir al Tribunal. Pero la izquierda, yo no recuerdo alguien, ningún parlamentario –no estoy hablando sólo de los juristas de izquierda– no sé cuántos votos hubo en contra de darle más poderes al Tribunal Constitucional. Me da la impresión de que muy pocos.

Yo no estoy condenando la izquierda, creo que eso fue un fenómeno mundial. La izquierda o los grupos progresistas colombianos creyeron en eso; los grupos progresistas sudafricanos creyeron en eso. Los que ya dejaron de creer fueron las democracias bolivarianas, que se dieron cuenta de que parece que no va por ahí la redistribución. Tiene otros problemas el bolivarianismo. De hecho es interesante sacar la cuenta que medido en términos de Gini los programas sociales de Lula dieron más equidad que todo lo que hizo la Corte Constitucional Colombiana.

Eso me lleva a la última pregunta, la relación entre sistema económico y derechos sociales

Si uno toma una mirada de historia de las ideas, los derechos económicos, sociales y culturales representan un poco el pensamiento económico de los años 50, proyectado, congelado en estos instrumentos de Derecho Internacional de los derechos humanos, a nuestra época. Entonces, es como fascinante. Eran las ideas económicas de Keynes y otras que quedaron congeladas en el tiempo, y tratan de ser planteadas por jueces en una era neoliberal, y eso no ha dado mucho resultado. Por eso vuelvo a Lula, que trató de hacer algo, una corrección al neoliberalismo, y por eso es que mejoró impresionantemente el Coeficiente Gini en Brasil, en esa época. Tuvo otros problemas el partido de Lula, pero no fue ése.

Finalmente, yo estoy completamente de acuerdo con el profesor Francisco Zúñiga en cuanto a que los derechos sociales, a la hora de la verdad, se juegan más bien en esta clave D.H. Marshall, o sea, del tipo de desarrollo que uno quiere.

Y en el caso colombiano, si uno ve la lista de los políticos que gobernaron Colombia, Gaviria, Samper, Uribe, Santos, ni siquiera había mucha socialdemocracia ahí. Está bien no son igual que los neoliberales chilenos, son bastante más moderados.

Pero finalmente, creo que el único peligro de apostar demasiado a la garantía jurisdiccional, es que congela esfuerzos de movilización social y política en la calle y en el Parlamento. Y también porque los sectores conservadores cuando se dan cuenta de que las cosas se deciden en los tribunales, van a empezar a llenarlos de gente que tiene esas ideas. Y sabemos



que el Derecho es interpretable. Entonces, no puedo estar más de acuerdo con el profesor Zúñiga en que finalmente los derechos sociales se juegan con modelos de desarrollo económico al final de los días.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muchas gracias.

Don Andrés Mahnke.

PROFESOR ANDRÉS MAHNKE M.: Respecto de la pregunta de la prisión preventiva, me resulta bastante fácil compartir la visión que entiendo que hay detrás, es un debate que tenemos permanentemente. La prisión preventiva en sí es una vulneración a derechos fundamentales, particularmente a la presunción de inocencia dentro del debido proceso y dentro del derecho de defensa, pero, como todas las normas, hay dentro de los mismos cuerpos normativos del mismo rango, la posibilidades de que el Estado, a través de su poder constituyente, del legislador, pueda movilizar situaciones excepcionales para que en definitiva bajo algunas circunstancias y bajo algunos requisitos se puedan afectar derechos que están consagrados en rango constitucional.

El problema que tenemos es que luego de eso, pasamos a modificaciones meramente de carácter legal, que se apartan completamente de este debate, en que hay una concepción de cómo y bajo qué requisitos podemos vulnerar la presunción de inocencia del debido proceso y qué terminan favoreciendo la prisión preventiva, y que en el fondo establecen condiciones generales en determinados delitos frente a una determinada pena. Usted, juez, aplica prisión preventiva. Por lo tanto, ahí ya tenemos una vulneración evidente y eso lo ha hecho el legislador y tenemos un problema.

Ahora, el problema de fondo es que detrás de este análisis, hay una desconfianza velada del legislador hacia el órgano jurisdiccional. Y el legislador trata de resolver en abstracto problemas que son en concreto.

A propósito de esta desconfianza, ambos pueden tener un muy buen propósito, pero claramente no hay ningún caso que sea exactamente igual a otro, así que el legislador, en cuanto más intenta resolver en abstracto situaciones concretas, más vamos a cruzar la frontera de la vulneración de derechos. Y si a eso lo llevamos de la mano con esas expresiones que no conversan entre el actual sistema procesal penal y como está consagrada constitucionalmente, respecto del error judicial y lo que podemos reparar respecto de personas, habla de procesados y condenados.

Bajo el pretexto de ordenar un poco más ese derecho, una persona puede ser reparada, indemnizada frente a un error judicial que determinó, por ejemplo, que estuvo privado de libertad y que luego fue declarado absuelto, se requiere de una resolución de la Corte Suprema, que haya declarado que la resolución anterior fue injustificadamente errónea o arbitraria. O sea, usted comprenderá que esa expresión, lo que hace, es reducir en 5% el 100% de la garantía constitucional que estaba buscando precisamente ese ámbito de reparación, por eso también tenemos que tener mucho cuidado en cuanto ponemos a los adjetivos. No lo consagremos solamente, pongámosle un poco más, pero tenemos que ser súper observadores y cautos en decir qué es eso más que se le va a poner, si es que apunta a fortalecer el ejercicio y las garantías de esos derechos, lo aplaudimos. Si es que bajo ese pretexto lo que vamos a hacer es constreñir el derecho, hay que estar súper observantes.

Nosotros tenemos un proyecto inocente, que impulsa la Defensoría Penal Pública, y las principales problemáticas que tenemos es que alcanzamos esta reparación de imagen. Luego, el otro ámbito que estamos en conversaciones con distintos ámbitos de estudios jurídicos o instancias de prestación de defensa gratuita, de las cuales escapa la misión

institucional, pero las principales complicaciones que tienen es que la vuelta que tienen que dar, a propósito de esta restricción que exige una resolución de esa naturaleza a la Corte Suprema, es que hay que pensar llevarlo al Sistema Interamericano de Derechos Humanos para tener una reparación real, y eso es un camino de más de diez o doce años.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Con estas intervenciones damos por cerrado el panel. Agradezco a todos los participantes las excelentes exposiciones y comentarios, y a ustedes su asistencia.

Muchas gracias.

...Aplausos



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Una gran conversación por

CHILE

Proceso constituyente y
nueva constitución política



CAPÍTULO XIII / SESIÓN 8 DE OCTUBRE DE 2015

**FORMA DE ESTADO: HACIA UNA
EFECTIVA DESCENTRALIZACIÓN**





FORMA DE ESTADO: HACIA UNA EFECTIVA DESCENTRALIZACIÓN

■■■

SESIÓN 8 DE OCTUBRE DE 2015

Expositor:

- *Humberto Nogueira A.*

Comentarios:

- *Profesora Ana María García Barzelatto*
- *Profesor José Ignacio Vásquez M.*
- *Moderador: Profesor Paulino Varas A.*

PROFESOR PAULINO VARAS A.: Señoras y señores, tengan ustedes muy buenas tardes. Sean bienvenidos a esta nueva sesión del Ciclo de Discusiones Proceso Constituyente y Nueva Constitución Política.

La exposición principal está a cargo del profesor Humberto Nogueira, y será comentada por la profesora Ana María García y por el profesor José Ignacio Vásquez.

El profesor Humberto Nogueira es Abogado Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de esta Universidad, Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Católica de Lovaina, profesor titular de Derecho Político y Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Talca, donde fue Decano hace algunos años.

Actualmente es Director del Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad de Talca; Presidente de la Asociación de Derecho Constitucional desde el año 2005; miembro asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado de la Haya, y autor de numerosos libros e infinidad de artículos.

También se desempeñó como asesor jurídico de la Secretaría General de la Presidencia entre los años 90 y 96 y ha sido abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Tiene un currículum formidable, y además es nuestro muy querido amigo.

Dejo con ustedes al profesor don Humberto Nogueira Alcalá, sobre el tema “La Forma de Estado. Hacia una efectiva descentralización”.

PROFESOR HUMBERTO NOGUEIRA A.: Muchas gracias.

En primer lugar, destacar el honor que tengamos como moderador a quien fuera mi profesor de Derecho Constitucional



por allá por los años 70, no vamos a decir exactamente qué año. Además, destacar el poder compartir el panel con la profesora Ana María García, con la que hemos trabajado durante muchos años en la Asociación Chilena de Derecho Constitucional, y con el colega Vásquez, recientemente nombrado Ministro del Tribunal Constitucional.

El tema que voy desarrollar en esta media hora—y voy tratar de ser puntual y exacto en el cumplimiento del horario— lo he titulado

“Chile, un Estado que necesita descentralizarse regionalmente para desarrollarse adecuadamente”.

INTRODUCCIÓN

En la perspectiva de descentralización, nos vamos a enfocar esencialmente en el ámbito regional y en el ámbito provincial.

Señalado ello, cabe también precisar inmediatamente que en esta materia tenemos un marco constitucional vigente al año 2005, que en varias oportunidades ha sido objeto de modificación desde el texto original de la Constitución de 1980, reconociendo que la primera modificación es lo que permitió la generación de los gobiernos regionales a través de la Ley Orgánica Constitucional de 1991.

Las principales modificaciones constitucionales hechas hasta el momento han sido al Artículo Tercero, en dos oportunidades, que han implicado avances y también retrocesos en materia de descentralización regional.

Por otra parte, en el ámbito del capítulo que actualmente es el décimo cuarto, antes de la reforma del 2005 era el capítulo décimo tercero. Los avances más significativos en el último tiempo han estado dados fundamentalmente por la posibilidad de elección directa por parte de la ciudadanía regional de los miembros del Consejo Regional, conforme al artículo 113, inciso 2°. Además hubo allí un tema de postergación de la elección que estaba programada para hacerse en conjunto con las elecciones municipales, por lo que se tramitó la reforma constitucional por la ley N° 20.644 introduciendo la disposición vigésimo sexta transitoria que extendió el mandato de los consejeros regionales en funciones hasta el 11 de marzo de 2014. Las elecciones de consejeros regionales de Chile para el período 2014-2018 se realizaron el 17 de noviembre de 2013, en conjunto con la elección presidencial y las elecciones de Diputados y Senadores, siendo electos los 278 miembros de los quince consejos regionales existentes en el país.

El otro aspecto relevante, que hoy día está presente como un proyecto de reforma constitucional importante, es la elección de los intendentes, proyecto de reforma constitucional que ya ha sido presentado en diciembre del 2014, el cual empezará su tramitación por el Senado de la República, en la Comisión de Gobierno el 5 de noviembre próximo, luego de que la Presidenta de la República estableciera la urgencia para su tratamiento.

Cabe también señalar que esa reforma constitucional no tiene mucho sentido si no va acompañada de una efectiva transferencia de competencia y recursos, desde el Gobierno Central al ámbito regional. Desde ese punto de vista, hay también la promesa de un proyecto de modificación de la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Interior, que agregue esos elementos, y otro par de proyectos de ley que digan relación con el financiamiento regional y al mismo tiempo con la transferencia de competencias.



DIAGNÓSTICO

Si partimos de la situación actual, podemos hacer un diagnóstico de esta situación, y en esta perspectiva, el diagnóstico del sistema institucional al día de hoy nos permite sostener que tenemos una descentralización regional más bien nominal que real.

¿Esto qué implica? Esto implica que mientras el gobierno regional no tenga autoridades propias que sean expresión auténtica y legítima de la voluntad de la propia comunidad regional, las regiones son un objeto de desarrollo por parte del Gobierno Central y no son sujeto de su propio desarrollo.

En este sentido, la institucionalidad chilena es la más atrasada existente en todo el continente americano. En el ámbito americano no hay ningún país, desde el más chico hasta el más grande, que no tenga niveles intermedios entre el Estado y la colectividad local, que en definitiva que cuenten con autoridades electas directamente por la ciudadanía. ¡Y esto es así, no hay ninguna posibilidad de rebatirlo, porque basta observar las constituciones de los respectivos estados!

En el ámbito de América del Sur –solo considerando estados unitarios– así ocurre con Bolivia, con Colombia, con Ecuador, con Perú, con Paraguay y Uruguay, para no señalar los estados federales como son Brasil México y Venezuela.

El segundo elemento necesario de precisar es que no habiendo gobiernos regionales representativos de la comunidad regional, nos vamos a encontrar con el problema que tenemos actualmente: que el Intendente es por una parte un hombre de confianza del Ejecutivo nacional, pero a la vez es ejecutivo del gobierno regional.

La experiencia nos muestra en estos 20 años de trayectoria –un poco más de 20 años– de descentralización regional, que cuando el Intendente se encuentra ante un conflicto entre los intereses regionales y los intereses del Gobierno Central, obviamente no hay para qué preguntarse cuál es su opción, porque su opción está con quien lo nombra, con quien le paga el sueldo y en definitiva con quien le otorga la confianza para mantenerse en el cargo. Por lo tanto, en esta perspectiva, mientras se mantenga esa situación no podemos hablar de un verdadero, auténtico y eficaz gobierno regional, sujeto y no objeto de desarrollo.

Señalado esos aspectos, el otro ámbito que tenemos que señalar es cuál sería el objetivo central de una descentralización regional efectiva. En este sentido se trataría de lograr un Chile con un mayor desarrollo, con más oportunidades para todos sus habitantes, descentralizado y desarrollado en todo su territorio, con cierta equidad social y al mismo tiempo una cierta equidad territorial, que permita, por lo tanto, un desarrollo efectivo.

Esto no es sólo un planteamiento que se pueda hacer desde el punto de vista de una perspectiva que busca el desarrollo regional, sino que es un diagnóstico del Banco Mundial, que ha señalado que Chile tiene limitadas sus posibilidades de desarrollo institucional mientras no desarrolle una efectiva descentralización regional.

Las regiones se encuentran ahogadas por la falta de la posibilidad de un impulso de la propia comunidad regional para su propio desarrollo, que sea un desarrollo integrado, justo, inclusivo y al mismo tiempo digno y participativo de las correspondientes regiones.

Es necesario señalar que, en esta perspectiva, no sólo se trata de elegir autoridades por la ciudadanía, sino que se trata



también de que ésta y la sociedad civil puedan participar oportunamente en las acciones de desarrollo comprometidas, y al mismo tiempo ello lo haga en forma organizada, para ejercer los derechos y asumir los deberes del desarrollo de un territorio donde estos desarrollan sus actividades y donde desarrollan su vida cotidiana.

Digamos también que, en esta perspectiva de descentralización regional, hay distintas perspectivas y ejes que considerar. Dentro de esos ejes, está el eje político-institucional, que es al cual nos vamos a referir y centrar nuestra ponencia, pero obviamente hay también un eje administrativo, hay un eje financiero y económico, hay un eje técnico y tecnológico, etcétera. Pero por problemas de tiempo, nos vamos a referir solo al aspecto estrictamente institucional de la reforma que se intenta desarrollar en esta materia.

EL PROYECTO DE LA COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL DE 2014

El Gobierno en el año 2014, estructuró una Comisión Asesora Presidencial, que desarrolló un proyecto de descentralización regional completo, en el cual me tocó co-dirigir la Comisión Político-Institucional en el ámbito propiamente regional.

Dentro de esta perspectiva, lo que va a desarrollarse a través de este proceso es establecer, primero, los principios de la descentralización regional. En segundo lugar, determinar con claridad cuáles son órganos de los gobiernos regionales, cuál es el ámbito de sus competencias, si esas competencias son competencias compartidas o concurrentes, o si en ese plano pueden ser también competencias exclusivas dentro de la nomenclatura, utilizando la conceptualización jurídica del Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo.

Es necesario considerar, por otra parte, los métodos electorales y todo el conjunto de inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación de las autoridades respectivas, como igualmente el desarrollo de la institucionalidad básica de la administración regional las secretarías regionales, los servicios públicos regionales, que debiera tener el gobierno regional.

Por ende, el análisis lo vamos a hacer desde la perspectiva estrictamente constitucional, y desde esa perspectiva vamos a ir analizando las reformas que habría que hacer al texto constitucional, ya que en el escaso tiempo disponible, debemos centrarnos podemos los aspectos centrales y concretos en esta materia.

REFORMA DEL ARTÍCULO 3° DE LA CONSTITUCIÓN

Por lo tanto, las primeras reformas constitucionales que se consideran necesarias son al Artículo Tercero de la Constitución, de las bases de la institucionalidad, que establecen la forma jurídica de Estado, como Estado Unitario. No pretendemos cambiar la forma unitaria de Estado, pero sí avanzar efectivamente en un proceso de descentralización territorial regional.

Desde ese punto de vista, en el Inciso Segundo de este Artículo Tercero de la Constitución, lo que se busca es establecer que esa descentralización y complementariamente con ella, la desconcentración que se desarrolle, la primera tenga un ámbito privilegiado, siendo la desconcentración un complemento de la primera, pero no el elemento central de



la disposición en la materia. Obviamente, sin perjuicio de las excepciones que en esta materia cabe señalar y que no es posible prescindir de una administración central.

A su vez, en el Inciso Tercero, lo que se busca establecer es que todos los órganos del Estado, deben seguir el imperativo constitucional de promover la descentralización, y al mismo tiempo ello deben desarrollarlo conforme a los principios que la propia Constitución va a indicar en la materia.

Por lo tanto, primero se deja en esta disposición una base del deber jurídico de contribuir a la descentralización, y por otra parte hacerlo dentro del ámbito de los principios que el propio texto constitucional va a señalar más adelante.

REFORMAS AL CAPÍTULO XIV DE LA CONSTITUCIÓN.

Señalado ello, podemos pasar directamente al Capítulo XIV de la Constitución. Desde este punto de vista, nos vamos a encontrar que hay una propuesta de establecer algunos principios que primero es necesario desarrollar conceptualmente y después lo veremos en las normas respectivas.

ESTABLECIMIENTO DE UN ARTÍCULO 110 BIS DE LA CONSTITUCIÓN: LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES BÁSICOS DE LA DESCENTRALIZACIÓN.

Estos principios debieran estar establecidos claramente en un Artículo 123 bis de la Constitución, y esos principios son los de autonomía, subsidiaridad territorial, de solidaridad, de prohibición de tutela administrativa, de coordinación, de suficiencia en el financiamiento de las competencias regionales y la interdicción de la arbitrariedad presupuestaria.

¿Qué implica esto? El *principio de autonomía* implica, fundamentalmente, autonomía normativa en la dimensión administrativa; al mismo tiempo, implica autonomía para la toma de las decisiones que son propias de los gobiernos regionales e implica también autonomía financiera dentro del marco constitucional.

¿Qué implica la subsidiaridad territorial? La *subsidiaridad territorial* implica –éste es un principio que se ha desarrollado mucho en el contexto europeo– implica fundamentalmente que la actividad corresponde al nivel que está más cercano a la población concernida. Por lo tanto, si ese nivel más cercano, por diversas razones no puede desarrollar esas funciones y atribuciones, esas competencias, en definitiva pasa al nivel superior, que sería el nivel regional, ya sea por tamaño geográfico, por ámbito de planificación y de desarrollo de las competencias, etcétera, y en consecuencia el nivel estatal queda con el ámbito de lo que son las políticas nacionales y por ende los desarrollos que son de gobierno y administración nacional.

El tercer elemento es el *principio de solidaridad*. El principio de solidaridad indica que todas las unidades territoriales deben desarrollarse armoniosamente. Por lo tanto, eso implicará también una justa distribución de recursos y competencias entre las distintas unidades del territorio nacional, en el ámbito regional y en el ámbito comunal.

A ello debemos agregar la *prohibición de tutela administrativa*. ¿Qué implica esto? Esto implica, en relación con la autonomía que ya hemos planteado –lo mismo que ocurre en el nivel comunal con la municipalidad– la autoridad de



carácter nacional no tiene intervención ni tiene tampoco la capacidad de adoptar decisiones respecto del ámbito que es propio de los gobiernos regionales. Por lo tanto, no hay dependencia jerárquica en los términos que tradicionalmente se conoce en el ámbito tanto constitucional como en el ámbito del Derecho Administrativo.

Otro principio que va a ser necesario en armonía con el anterior, es el principio de *coordinación*. Por lo tanto, cuando no hay dependencia jerárquica y hay distintos niveles territoriales que desarrollan diferentes competencias, es necesaria la coordinación para que no haya una duplicación ni un mal uso de los recursos, ni tampoco un conflicto en el ámbito de las competencias.

Es necesario, además, establecer el *principio de suficiencia del financiamiento de las competencias*. Esto implica que la transferencia de competencias del Gobierno Central a los gobiernos regionales, debe al mismo tiempo transferirse con el financiamiento que el propio Gobierno Central tiene para ellas como mínimo. Por lo tanto, eso debiera ser un principio constitucional para evitar lo que ya hemos conocido en el ámbito comunal, que el Gobierno Central transfiere competencias, pero no transfiere los recursos suficientes como para poder desarrollar las competencias. Y en el nivel comunal eso lo hemos visto en salud y lo hemos visto en educación.

A ello hay que agregar otro principio que nos parece fundamental y que debe estar también en el ámbito constitucional, que es el principio de interdicción de la *arbitrariedad presupuestaria*. En este sentido, si hay gobiernos regionales autónomos y que por lo tanto eso implica la posibilidad de que haya gobiernos regionales que no respondan a la misma orientación ideológica o política del Gobierno Central, simplemente el Gobierno Central le entrega menos recursos y le entrega más recursos a aquellos que son afines al Gobierno, como lo hemos visto en la experiencia comparada, como ocurre incluso en algunos estados federales cercanos al nuestro. Cuando hay un gobierno provincial que no es del gusto del Gobierno Central como sucede en Argentina, simplemente el Gobierno Central le entrega menos recursos y le da más recursos a aquellos que son afines al Gobierno.

La idea es que esta instrucción del principio de interdicción de arbitrariedad presupuestaria, implica que todos los gobiernos regionales deben recibir el presupuesto que de acuerdo con la ley les corresponde, sin que el Gobierno pueda incidir, ya sea en aumentar o disminuir la cuota presupuestaria que le corresponde de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Estos principios parecen vitales si queremos desarrollar un proceso de descentralización en serio.

REFORMA AL ARTÍCULO 111: EN EJECUTIVO REGIONAL UNIPERSONAL ELECTO POR LA CIUDADANÍA REGIONAL.

Ahora, en lo que se refiere a la elección, estructuras y funciones del ejecutivo del gobierno regional, lo que se propone es la elección del ejecutivo de la región. Personalmente a mí no me gusta el nombre Intendente. El nombre Intendente, en la raíz castellana, significa un delegado de un Gobierno Central; no implica una autoridad que cuenta con legitimidad propia.

Sin embargo, hemos tenido que transigir en la materia, porque el Gobierno ha insistido –el proyecto está así con el nombre de “Intendente”– nos hubiera parecido más pertinente el nomen juris de Gobernador Regional o Presidente del Gobierno regional, que es la autoridad que va a ser electa en la materia, en el entendido de que el gobernador es quien gobierna efectivamente la región, que cuenta con la legitimidad ciudadana para hacerlo, y por lo tanto es el ejecutivo



real y efectivo del gobierno regional. Obviamente, él debe ser elegido por sufragio universal de los ciudadanos de la correspondiente región. En eso no hay ninguna disparidad con el proyecto oficial.

Al mismo tiempo, consideramos que el sistema de elección debe ser un sistema mayoritario uninominal a dos vueltas, lo que a su vez permite que ese gobernador regional o Intendente, como quiera denominarse, en definitiva tiene la legitimidad democrática suficiente para concretar sus funciones.

También consideramos que esta autoridad debe estar limitada constitucionalmente en el ámbito de su reelección, y por lo tanto no poder ser elegido más que por dos periodos consecutivos, estableciendo constitucionalmente la prohibición de la tercera reelección en esta materia.

Avancemos ahora al ámbito de la disposición del Artículo 111. Esto ya implica una transformación profunda de ese Artículo 111, que actualmente nos dice que el Gobierno y la administración están radicados en un Intendente, que es un hombre de confianza del Presidente de la República, etcétera.

La transformación aquí es radical, porque se debe establecer que el gobierno y la administración de cada región, cuyo objetivo será el desarrollo social, cultural y económico de la región, en definitiva está a cargo del gobierno regional, y este gobierno regional cuenta con dos órganos, que por una parte es el ejecutivo, que ya sabemos que transicionalmente al menos se va a denominar Intendente, y por otra parte el Consejo Regional, que son los dos órganos básicos de esta institucionalidad.

MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 112 DE LA CONSTITUCIÓN: LAS COMPETENCIAS DEL EJECUTIVO REGIONAL Y DESARROLLO DE LA ADMINISTRACIÓN REGIONAL.

Ahora ¿cuál es el ámbito competencial del ejecutivo regional que está también normalmente regulada en este sentido en el texto de la Constitución? En ese sentido, es necesario modificar el Artículo 112 de la Constitución, señalando que al Intendente (ejecutivo del Gobierno Regional), le corresponde la coordinación, supervigilancia y fiscalización de los servicios públicos descentralizados creados por ley, para el cumplimiento de las funciones administrativas que operen en la respectiva región.

Por lo tanto, empieza a desarrollarse una administración descentralizada dependiente del ejecutivo del gobierno regional. Esto implica, por otra parte, que hay que diferenciar esa *función de gobierno y administración regional*, de lo que es la *función de Gobierno interior* propiamente tal, que dice relación siempre con el Ejecutivo en un régimen unitario, de carácter central, que se refiere fundamentalmente al orden público, migraciones, aduanas, etcétera, todos los elementos que normalmente son propios de la labor de Gobierno, que están en el Título Primero de la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional, los cuales deben siempre quedar en manos de un funcionario del Gobierno Central. Pero ese funcionario no va a existir a nivel regional, sino que va a existir a nivel provincial.

Por lo tanto, en este sentido, el planteamiento desarrollado es la eliminación de los gobernadores provinciales los que se transforman en *delegados presidenciales*, porque eso es lo que son, delegados del Presidente de la República para el gobierno interior de cada una de las provincias.



En la práctica, actualmente, ésa es la labor que cumple el Gobernador como órgano de gobierno interior. Por lo tanto, son ellos los encargados del mantenimiento del orden público, de aduanas, migración, situaciones de emergencia, y de todos las demás aspectos que dicen relación con Gobierno Interior.

Por lo tanto, en este sentido no estamos de acuerdo con el planteamiento que ha hecho el Gobierno en el proyecto de ley de elección de los intendentes, de generar un gobernador regional, porque obviamente un gobernador regional lo que va a hacer es entrar inmediatamente en conflicto de competencias y político, con el Intendente elegido por la correspondiente región. Eso lo hemos planteado no hace mucho tiempo a través de un oficio a la Presidencia de la República, precisamente para corregir estos elementos del proyecto de reforma constitucional presentado en el Congreso Nacional.

Por otra parte, este gobierno regional tendría a su vez un gabinete regional. Este gabinete regional estaría integrado por una institución nueva, que son los secretarios regionales, quienes serían los colaboradores directos e inmediatos en el gobierno y administración regional, siendo nombrados por el Intendente como cargos de exclusiva confianza, y serían responsables de las diversas áreas o sectores de competencia del gobierno regional.

En la propuesta presentada, hay *cuatro secretarios regionales*, que corresponden a cada una de las áreas de competencia del gobierno regional, pero no tenemos tiempo para desarrollar ese punto. Además es necesario establecer que los funcionarios de segundo nivel jerárquico en la administración descentralizada regional, como los directores de servicios que correspondan a esta administración descentralizada, debieran ser elegidos por un sistema de alta dirección pública, ojalá con mayor estabilidad que la que tienen actualmente.

Agreguemos también que tanto los Intendentes como los miembros del Consejo Regional tendrían iniciativa para proponer en este sentido acuerdos o reglamentos regionales, los que deben ser aprobados por el Consejo Regional, el que además determinará el orden y oportunidad en que se adoptarán dichos reglamentos y cómo se implementarán, respectivamente.

Esto es un cambio fundamental, porque en este momento el único que tiene iniciativa de reglamento regional es el Intendente. En la práctica, nos vamos a encontrar que hay una centralización incluso de la normativa regional principal que puede ser dictada. Esta perspectiva abre, por lo tanto, las posibilidades de que los reglamentos regionales sean realmente un elemento que no sea una curiosidad intelectual en nuestro ordenamiento, sino que sea una normativa regular y normal dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, esto no se trata de cualquier propuesta irresponsable. Es claro que el Intendente debe mantener la iniciativa exclusiva en materia de gasto público, tributación regional, endeudamiento y creación de servicios y empleos públicos regionales. Se trata de que el ejecutivo mantenga algún control sobre los aspectos de orden económico y administrativo del desarrollo regional.

REFORMA DEL ARTÍCULO 113: AGREGAR COMPETENCIAS DE FISCALIZACIÓN DEL CONSEJO REGIONAL SOBRE EL EJECUTIVO REGIONAL

Como mecanismo de fiscalización, se plantea también respecto del gobierno regional, la existencia de la posibilidad de que el Consejo Regional, a iniciativa de al menos una quinta parte de sus miembros, pueda requerir a la Contraloría General de la República, para que realice investigaciones destinadas a instituir sumarios correspondientes y establecer



responsabilidades administrativas cuando detecte mal funcionamiento o mala administración, ya sea del Intendente o de los servicios descentralizados regionalmente. Se trata que cada una de estas perspectivas implique responsabilidad por parte del órgano que tiene la competencia para desarrollarla.

Además, se plantea la posibilidad de que el Consejo Regional pueda realizar censuras a secretarios regionales. Pero se entiende también que en definitiva ello debe ser por un quórum calificado de 3/5 de los miembros en ejercicio del Consejo Regional, y al mismo tiempo no se puede censurar a más de un miembro o secretario regional por año de ejercicio de la función.

COMPETENCIAS EXCLUSIVAS Y COMPARTIDAS DE LOS GOBIERNOS REGIONALES.

Por otra parte, consideramos que los gobiernos regionales deben tener un conjunto de competencias exclusivas, y al mismo tiempo esas competencias exclusivas deben estar constitucionalmente aseguradas y garantizadas. No me voy a detener en el detalle de cuáles son, porque no tenemos tiempo para ello. Seguramente estarán en el documento que luego podrán ver en la publicación sobre la materia.

RESOLUCIÓN DE CONFLICTO DE COMPETENCIAS E INFRACCIONES CONSTITUCIONALES POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. MODIFICACIÓN ARTÍCULO 93 DE LA CONSTITUCIÓN.

Dentro de esta perspectiva, también es necesario entrar al análisis de cuál es el mecanismo y la institucionalidad para la resolución de conflictos de competencias y de infracción de reglas constitucionales en la materia. En este sentido, nuestro planteamiento es que habiendo competencias constitucionales y principios diseñados claramente en forma constitucional para contener al Gobierno Central en el ámbito de competencias de los gobiernos regionales, ese control debe ser desarrollado por el Tribunal Constitucional.

Por lo tanto, consideramos que debe modificarse el Artículo 93 de la Constitución, para este efecto. En este sentido, obviamente, ese requerimiento ante el Tribunal Constitucional podrá ser presentado tanto por parte del Gobierno Central si es que el gobierno regional se extralimita en el ámbito de sus competencias o en el ámbito normativo, y a su vez del gobierno regional o de los consejos regionales si es el Gobierno Central o es la administración o el legislador el que se extralimita, invadiendo el campo de las competencias que son propias de los gobiernos regionales.

REFORMAS EN MATERIA DE CARÁCTER FINANCIERO REGIONAL

Ahora, ello implica a su vez un conjunto de reformas en materia financiera fiscal. La idea es que haya un presupuesto regional, que existan además tributos regionales o participación de la región en tributos de carácter nacional, obviamente determinados por ley en la materia, y también la competencia para las regiones de poder establecer algún nivel de tributos respecto de algunas materias de clara identificación regional.



CREAR LA REGIÓN PLURINACIONAL Y MULTICULTURAL DE LA ARAUCANÍA. INCORPORACIÓN AL ARTÍCULO 126 BIS DE LA CONSTITUCIÓN

Es hora de que el Estado de Chile reconozca la efectiva existencia de una realidad plurinacional y multicultural de nuestra sociedad, en el ámbito regional al menos.

En tal sentido, hemos propuesto la creación de una región plurinacional y multicultural de la Araucanía. Esto implica incorporar la Región de la Araucanía dentro de los sistemas especiales que la Constitución tiene establecidos en el Artículo 126 bis, que permite, por una parte, considerar estatutos especiales para los territorios insulares de Isla de Pascua y el Archipiélago de Juan Fernández. Consideramos que la Región de la Araucanía también representa una realidad especial y también debe tener un estatuto especial que contemple, por lo tanto, la participación de los pueblos originarios en el ámbito de la administración regional, todo ello sin perjuicio de que cuando haya que establecer una reforma constitucional en serio, debiera reconocerse también constitucionalmente esa pluriculturalidad y por lo tanto algunos derechos específicos de los pueblos originarios en el ámbito constitucional.

CONSIDERACIONES FINALES

Yo diría que estos son los aspectos fundamentales, recordando, al mismo tiempo, que el Gobierno Interior del Estado no se concretaría a nivel regional, sino a nivel provincial, y recaería en un delegado provincial designado por el Presidente de la República, de su exclusiva confianza, siendo responsable de las funciones de Gobierno Interior, de seguridad interior, de orden público, de extranjería, de fronteras, de fiscalización de la administración central y de la administración desconcentrada del Estado en el ámbito territorial de la provincia, y la tarea de coordinación de las funciones de la administración desconcentrada del Gobierno nacional, con la función de los gobiernos regionales.

Muchas gracias.

... *Aplausos*

PROFESOR PAULINO VARAS A.: Muchas gracias profesor Nogueira por su completísima y documentada propuesta efectiva de descentralización, y le agradezco muy sinceramente el recuerdo que ha hecho en cuanto a que usted fue un distinguido alumno de mi curso, hace ya algunos años.

A continuación comentará la exposición del profesor Nogueira la profesora Ana María García Barzelatto, que es Abogada Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de esta Universidad y también Licenciada en Ciencias Políticas de esta casa de estudios.

Es profesora de Derecho Político y Constitucional. Actualmente imparte la Cátedra de Derecho Constitucional; es Directora del Departamento de Derecho Público y de la Revista de Derecho Público de nuestro Departamento; es Vicepresidenta de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional e integró el directorio el año 1997; se desempeñó además como Editora Jurídica de la Editorial Jurídica de Chile, entre los años 1992 y 2012; es autora de numerosos libros de su especialidad, artículos y comentarios.



Es un honor para mí y un privilegio, ofrecer la palabra a nuestra apreciada y querida profesora Ana María García.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Gracias, profesor Varas, por su presentación. Y agradezco también la presencia de todos ustedes.

La excelente exposición del profesor Nogueira nos ha brindado una completa mirada a la situación en que actualmente se encuentra la descentralización y la regionalización en Chile, así como a los actuales proyectos que se dirigen a potenciar las regiones.

Me parece importante rescatar una de las primeras ideas expresadas por él, en el sentido de que el Estado de Chile es y seguirá siendo un Estado unitario, pero que decididamente “necesita descentralizarse regionalmente para desarrollarse adecuadamente”. Y me parece que esta afirmación resulta ineludible y perentoria.

Siendo Chile un Estado unitario desde los inicios de la República – con un fallido intento de federalismo en 1826 – parece interesante plantearnos una pregunta. ¿Cuándo comienza en Chile–siendo un estado unitario desde los inicios de la República– la importancia de la descentralización? La respuesta se remonta a las primeras décadas del Siglo XX.

Ya el Presidente Arturo Alessandri Palma, estimaría que la Carta de 1925 debía contener disposiciones dirigidas a “obtener la descentralización administrativa mediante el robustecimiento de la autoridad del intendente”.

Treinta años después, en 1957, el Presidente Gabriel González Videla enviaría al Congreso un proyecto de reforma constitucional, que no prosperó, para dividir el territorio en no más de 10 regiones las que se subdividirían en provincias y comunas, “según sus características naturales, su producción, su población”

Siete años después, al asumir su mandato el Presidente Eduardo Frei Montalva, también envió al Congreso un proyecto de reforma constitucional, que tampoco trascendió, proponiendo una división territorial de 10 zonas y éstas en comunas considerando un Intendente y consejeros regionales.

El reconocimiento constitucional de la regionalización sólo quedó finalmente consignado – y debemos reconocerlo – en la Constitución de 1980, cuyo primitivo Artículo 3° consignaba: “El Estado de Chile es unitario. Su territorio se divide en regiones. La Ley propenderá a que su administración sea funcionalmente y territorialmente descentralizada. Consecuentemente esta disposición encontró su desarrollo en el Capítulo XIII sobre Gobierno y Administración Interior del Estado” (arts. 99 a 115).

Con posterioridad, estas disposiciones fueron objeto de tres reformas constitucionales, las que tuvieron lugar en los años 1991, 2009 y 2005.

La Reforma Constitucional de 1991 –Ley 19097– introdujo importantes avances en la intención de regionalizar. Según lo expresó el Presidente Patricio Aylwin en su Mensaje “la descentralización constituye uno de los mecanismos fundamentales para restablecer en Chile un orden participativo, auténticamente democrático y solidario”.

La realización más importante fue la creación del “Consejo Regional” como un órgano normativo, resolutorio y fiscalizador dentro del ámbito propio de competencia del gobierno regional encargado de hacer efectiva la participación de la ciudadanía regional y ejercer las funciones que le encomendara la ley orgánica constitucional.



Además, separó las funciones de “gobierno” y “administración superior” de la región para radicar la primera en el Intendente y la segunda en el gobierno regional dotando a este último de personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio.

Esta reforma fue complementada con la Ley N° 19.175 Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional que, entre otras materias facultó a los gobiernos regionales para solicitar el traspaso de competencias y recursos de la administración central al gobierno regional (Artículo 67 Número 1).

No obstante significar un gran adelanto en materia de descentralización la reforma de 1991, mantuvo la figura del Intendente como “agente natural e inmediato al Presidente de la República” en una evidente contradicción al constituirse al mismo tiempo como entidad que preside el gobierno regional, órgano descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Esta doble calidad del Intendente ha significado durante más de veinte años una injerencia y predominio del Ejecutivo en el órgano regional, restándole independencia y autonomía.

Posteriormente, la reforma constitucional de 2009, significó una nueva innovación para establecer la elección de los consejeros regionales por sufragio universal en votación directa. Ello significó un gran avance, en cuanto a la legitimidad y compromiso de la ciudadanía con los planes regionales. Anteriormente los consejeros regionales eran elegidos de modo indirecto por los concejales municipales constituidos para este efecto en colegio electoral por cada una de las provincias.

Con esta reforma, además, el Intendente deja de presidir el Consejo Regional, en tanto la Constitución dispuso que el cuerpo de consejeros debe elegir un presidente de entre sus miembros por mayoría absoluta (Artículo 113 Inciso 5).

La reforma constitucional de 2009 también entrega al Presidente de la República la potestad de transferir competencias a los gobiernos regionales desde los ministerios o desde los servicios públicos que operen en la región, otorgando a los gobiernos regionales nuevas facultades para ejecutar las políticas públicas regionales. Norma con escasa aplicación hasta el día de hoy.

Finalmente, esta reforma también amplió la posibilidad de celebrar convenios de programación de la inversión pública regional entre éstos y uno o más ministerios o entre gobiernos regionales y municipalidades (Artículo 115 Inciso 4).

La tercera reforma que aborda el tema de la regionalización es la de 2005, bajo el Gobierno del Presidente Ricardo Lagos, la que fue más bien modesta en lo que al gobierno y administración interior se refiere, ya que mantuvo casi intacto el Capítulo XIV, preocupándose solo de agregar un nuevo inciso al Artículo 3° que integra las Bases de la Institucionalidad, para disponer que: “Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias, comunas del territorio nacional”.

Debemos entender que esta enmienda se orienta a enfatizar el proceso de regionalización, especialmente por ser el Capítulo I la portada de la Constitución y prioritario en materia de interpretación constitucional.

En efecto, se ha estimado que esta reforma tiende a imponer a todos los órganos del Estado deberes en dos ámbitos diversos. “Por un lado, la acción positiva de promover el fortalecimiento de la regionalización del país. Por el otro, la de instar – en concordancia con aquello – por el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional”.



Sin embargo, salvo por la importancia de consignarse en las bases de la institucionalidad, este nuevo inciso no significó cambió alguno puesto que tal idea y estaba ya expresada en el Artículo 115 que fuera introducido por la reforma constitucional de 1991, en el sentido de reconocer como principio básico “la búsqueda de un territorio armónico y equitativo” y mandando al legislador incorporar “criterios de solidaridad entre las regiones, como al interior de ellas, en lo referente a las distribución de recursos públicos”, como igualmente la creación de un “fondo nacional de desarrollo” mediante una proporción del total de los gastos de inversión pública que determine la ley. Todo ello, ya contenido en el referido Artículo 115.

La otra modificación de la reforma de 2005 consistió en flexibilizar la posibilidad de creación, supresión y denominación de regiones, provincias y comunas, sus límites y fijación de capitales, remitiendo esta materia a la Ley Orgánica Constitucional. (Artículo 110, Inciso segundo). Anteriormente, se precisaba una reforma constitucional para tales efectos.

Como se ha podido apreciar, los avances constitucionales y también los legales, en relación con la jurisdicción regional han sido precarios e insuficientes, quedando en evidencia que el único avance de mayor impacto fue la reforma de 2009 al disponer la elección de los consejeros por sufragio universal y en votación directa, lo que afianzó su legitimidad y permitió mayor participación y compromiso de la ciudadanía en asuntos regionales.

PRINCIPALES DEBILIDADES DEL SISTEMA

Con lo dicho, quisiéramos reparar en algunos puntos que denotan claramente la debilidad del constituyente en materia de descentralización y regionalización.

En primer término, se observa en la Constitución una proliferación de declaraciones de principios en cuanto a la equidad territorial, a la necesidad de desarrollo armónico, a la solidaridad que debe prevalecer entre las regiones, pero todo ello se remite a la regulación que disponga el legislador orgánico, a lo que se suma que estas materias son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

Con ello, no obstante las sucesivas reformas, ha seguido quedando a la voluntad política del Ejecutivo la efectiva descentralización.

En segundo lugar, y como ha sido señalado por el expositor, la figura del Intendente necesita urgente modificación y definición constitucional. Si bien se encuentra en tramitación un proyecto de reforma constitucional que permite la elección directa del Intendente, actualmente éste sigue siendo un órgano de la exclusiva confianza del Presidente de la República que ejerce sus funciones con arreglo a las leyes y a las órdenes e instrucciones del Presidente, “de quien es su representante natural e inmediato en el territorio de su jurisdicción” (Artículo 111).

De modo tal que el Intendente es la máxima autoridad de la administración nacional desconcentrada y a la vez constituye también parte del Gobierno Regional que es un órgano regional descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio.

Ahora bien, esta anomalía que se mantiene desde 1991, es decir por 24 años, está en vías de ser solucionada si se aprueba el proyecto de reforma constitucional, en actual tramitación, iniciado por el Ejecutivo en enero del presente año, que dispone la elección popular directa del Intendente.



En su exposición el profesor Nogueira ha expresado la conveniencia, a su juicio, de modificar la expresión “Intendente” por una expresión que lo distancie mayormente de la figura del Presidente de la República. Sin embargo debe recordarse que el Intendente es un órgano cuyos orígenes se remontan a la legislación hispánica y su incorporación en nuestro ordenamiento data de la Constitución Política de 1828, por lo que, atendida su tradición, estimo que difícilmente podrá cambiarse su denominación

Una tercera carencia del actual sistema es la escasa o nula participación ciudadana a nivel local, la que ha sido mencionada por el Profesor Nogueira.

Si bien el año 1989 se dio reconocimiento a los plebiscitos comunales y a las consultas no vinculantes, su regulación es precaria y dificulta el procedimiento en tal forma, que en 20 años el plebiscito comunal se ha usado sólo en cuatro oportunidades.

El plebiscito comunal, está reconocido en el Capítulo de Gobierno y Administración Interior del Estado desde 1989, sin embargo, la experiencia ha demostrado que su uso es restringido por la dificultad para dar cumplimiento a los requisitos exigidos.

Por ello, recogemos lo dicho por el expositor en el sentido de la necesidad de crear a nivel regional fórmulas de participación ciudadana que permitan el conocimiento, formulación y compromiso de la ciudadanía regional con los planes de desarrollo que interesan a la región, tales como consultas, plebiscitos y referéndums, debidamente regulados para asegurar una participación verdaderamente democrática.

Asimismo, el profesor Nogueira ha hecho presente que a través de la descentralización se trata de “lograr un país con más desarrollo y oportunidades para todos sus habitantes”.

Efectivamente a lo dicho, se suma que, sobre la base de datos empíricos, organismos internacionales como la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo) han hecho severos diagnósticos de los profundos niveles de desigualdad y brechas económicas existentes entre los territorios del país que necesitan urgente atención, para avanzar en potenciar el desarrollo de zonas territoriales rezagadas.

La descentralización administrativa existente hasta hoy en Chile ha sido totalmente insuficiente para lograr el debido desarrollo, y la normativa constitucional y legislativa ha sido inefectiva.

Diversos trabajos han evidenciado la magnitud de las desigualdades territoriales en Chile. Así, un estudio elaborado por el Centro Latinoamericano para el Desarrollo Rural señala que “el nivel de desarrollo al que puede aspirar cada chilena y cada chileno, depende en buena medida del lugar en que nace y vive”. Para superarlo se debe avanzar hacia un desarrollo con cohesión territorial.

En un país con cohesión territorial, el crecimiento económico y el desarrollo se generan descentralizadamente, y no solo desde el centro o desde algunos pocos polos donde se concentra la actividad y la población.



INFORME DE LA COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL.

La Comisión Asesora Presidencial creada por la Presidenta Michelle Bachelet, y a la que se ha referido detalladamente el profesor Nogueira, entregó en octubre de 2014 “un conjunto de propuestas para descentralizar Chile, con el propósito fundamental de romper las inequidades territoriales, transferir poder y generar mejor democracia en las comunas y regiones, y poner a Chile en la senda de un desarrollo integral, impensable sin sus territorios”.

El trabajo de la Comisión contiene 10 medidas esenciales para “superar los problemas causados por el centralismo, y promover el desarrollo justo y territorialmente equilibrado del país”.

De las diez medidas, dos de ellas han dado lugar a proyectos de ley que se encuentran en actual tramitación legislativa. Uno de ellos consiste en una reforma constitucional que tiene por objeto la elección por la ciudadanía del Intendente, como máxima autoridad regional; el otro, es un proyecto de ley orgánica constitucional dirigido al traspaso de competencias, servicios y programas públicos desde los Ministerios y organismos centrales a los gobiernos regionales y municipalidades.

A ellos a hecho referencia el profesor Nogueira y quisiera agregar al respecto que resulta interesante la conformación de un gobierno regional constituido como un verdadero órgano ejecutivo, presidido por el Intendente elegido por sufragio universal directo, por un período máximo de cuatro años pudiendo postular solo a la reelección inmediata, lo que facilita la alternancia y renovación democrática. Como órgano ejecutivo, evidentemente, podrá tener colaboradores de su exclusiva confianza y atribuciones para proponer acuerdos a la aprobación del Consejo e iniciativa exclusiva en materia de gastos y creación de servicios.

Pero unido a lo anterior y en atención a las nuevas atribuciones en materia financiera, estimo indispensable la incorporación de un régimen de medidas fiscalizadoras a fin de establecer y hacer efectivas las responsabilidades administrativas correspondientes, tanto por parte de la Contraloría General de la República, como de otros órganos contralores.

La nueva institucionalidad regional que eventualmente se cree, necesita considerar en forma expresa y precisa las fiscalizaciones correspondientes, a fin de dar efectividad al principio de responsabilidad que inspira nuestro ordenamiento constitucional.

Los conflictos de competencias, que con seguridad surgirán entre el poder central y los gobiernos regionales deberán, a mi juicio, ser resueltos por el Tribunal Constitucional.

Es de esperar que los avances y proyectos en actual tramitación cuenten con las mayorías necesarias para su aprobación, para avanzar sin trabas hacia la anhelada regionalización del país, ya que si miramos retrospectivamente una descentralización efectiva más que un problema de insuficiente regulación ha sido un problema de insuficiente y verdadera decisión política por avanzar hacia ella.

Muchas gracias.

... *Aplausos*



PROFESOR PAULINO VARAS A.: Muchas gracias, profesora Ana María García por su documentada e interesante exposición.

A continuación, el profesor José Ignacio Vásquez, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Abogado de la Universidad de Chile, va a comentar la exposición del profesor Nogueira. El profesor Vásquez es Magíster en Ciencia Política en la Universidad de Chile y Magíster en Derecho Público por la Universidad de los Andes; profesor de Derecho Constitucional en esta Facultad. Ha sido profesor de Derecho Constitucional, Administrativo y Urbanístico en las Universidades Católica, Finis Terrae, del Desarrollo y Diego Portales.

Fue Ministro del Tribunal Ambiental de Santiago, Director de Estudios y Análisis y Evaluación de la Corte Suprema y Subdirector Jurídico en la Municipalidad de Vitacura, entre otros cargos. Actualmente es Ministro del Tribunal Constitucional, elegido por la Corte Suprema. Es autor de numerosos artículos en materia de Derecho Público. Con mucho agrado, ofrecemos la palabra a nuestro querido amigo el profesor José Ignacio Vásquez.

PROFESOR JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ: Muchas gracias, profesor Varas. Buenas tardes.

Aquí hay un tema que es de suyo muy importante. A veces se pierde de vista la importancia respecto a otras reformas constitucionales de carácter político o de los órganos políticos más relevantes. Sin embargo, creo que las reformas en el ámbito regional y en el fondo, en el ámbito del Gobierno y Administración Interior del Estado, son reformas estructurales que tienen importantes implicancias, no solamente políticas sino que económicas y para el desarrollo del país.

Aquí ha hecho una presentación el profesor Nogueira, respecto del proyecto de reforma regional que con especial interés comentaré. Además, me extenderé un poco más en un ámbito que, si bien es cierto el profesor Nogueira señaló que no requería muchos cambios, como lo es el comunal, a mí me parece que sí lo requieren, por ser es de suyo importante o relevante. Más aún, he estimado siempre que este último nivel administrativo debiera ser efectivamente la gran infraestructura de participación ciudadana, tal como se la concibe teóricamente y en los enunciados constitucionales y legales.

El Gobierno y Administración Interior del Estado, está compuesto por una estructura en primer lugar regional, y por una estructura provincial, que replica lo que son las atribuciones del gobierno regional. Diría que es la larga mano del Ejecutivo hacia los confines del territorio nacional.

Esta reforma político-administrativa, como sabemos, fue diseñada y desarrollada hace más de 40 años, por la Comisión Nacional de Reforma Administrativa (CONARA), comprendiendo los procesos de regionalización y municipalización. Creo que a la larga ambos procesos de reforma, tanto la regionalización como la municipalización están haciendo agua en algún sentido, como lo destacaré a continuación. Y no sólo por falta de profundización en el proceso descentralizador del Estado.

Comentando lo expuesto por el profesor Nogueira, cabe señalar, en primer lugar, que la estructura regional resulta contradictoria o no suficientemente coherente. Por un lado, tenemos un órgano desconcentrado que es el Intendente, colaborador directo y representante del Presidente de la República en regiones y, por otro lado, existe un órgano descentralizado administrativamente, como es el gobierno regional. Ambos tienen de alguna manera que lidiar en esa estructura compleja, para lograr la efectiva participación en el desarrollo económico, social y cultural.



En segundo lugar, el sistema regional ha generado un verdadero centralismo regionalista. En efecto, este genera una concentración en lo que es la capital regional y en el ámbito del resto del territorio regional se producen inequidades y desigualdades en el reparto de los recursos. Y eso no solamente se ve a nivel de la estructura meramente regional, también se ve a nivel de la estructura municipal, de forma mucho más evidente y aguda.

En tercer lugar, considerando que las gobernaciones provinciales constituyen una estructura administrativa excesiva, especialmente en atención a los límites económicos o financieros públicos, resulta inconveniente su permanencia, debiendo contemplarse definitivamente su eliminación. Perfectamente pueden llevarse a cabo muchas de esas funciones por el gobierno regional, e incluso por las propias municipalidades, porque las municipalidades tienen a su cargo precisamente la administración de muchos servicios en ese nivel. Las gobernaciones provinciales han ido aumentando significativamente su gasto en personal, etcétera, y en consecuencia ha generado un mayor gasto público. Me parece que desde ese punto de vista ya se ha planteado en más de una oportunidad, incluso existe una iniciativa legal, la eliminación de los gobernadores provinciales, no así la eliminación de las provincias.

Si se desea avanzar en un proceso de profundización de todo el sistema de descentralización, tiene que estar fundamentalmente enfocado hacia la modernización del Estado. En consecuencia, eso implica una racionalización de toda la estructura administrativa.

Respecto del gobierno regional y respecto de la estructura regional, no estoy de acuerdo con la elección directa de intendentes. En un estado unitario como el nuestro, me parece que el Intendente debe seguir siendo una autoridad designada por el Presidente de la República, pero en un marco de gobierno regional distinto. Vale decir, tiene que existir un gobierno regional, un consejo regional que tenga atribuciones “legislativas” o “normativas” importantes, y el Intendente debiera ser designado por el Presidente de la República, pero ratificado por el Consejo Regional.

En un Estado unitario es necesario un Intendente vinculado al Ejecutivo. Mal que mal el Intendente es la expresión del Gobierno Interior del Estado, es decir, del orden público en el interior, y en consecuencia hay muchas materias en que el Presidente de la República y el Gobierno Central debe seguir manteniendo algún grado de intervención, sin perjuicio de otorgar un mayor grado de descentralización en el ámbito del gobierno regional, y en consecuencia, con mayores competencias para el Consejo Regional.

En lo anterior, también hay un aspecto importante. El Consejo Regional tiene que ser un órgano altamente representativo. En consecuencia, si solo queda circunscrito a una representación meramente partidista, y no a la comunidad o a las fuerzas vivas de la comunidad regional, me parece que hay una limitación inconveniente para hacer posible la participación de la Región en su propio desarrollo. Como lo señalaba la profesora García y el propio profesor Nogueira, el tema de la participación ciudadana es muy importante.

Por lo anterior, personalmente mantendría al Intendente como agente del Presidente en la forma de designación que señalé precedentemente. Es decir, el gobierno regional tendría un miembro del Ejecutivo o a un representante del Ejecutivo, pero controlado por un Consejo Regional con amplias y efectivas atribuciones normativas y fiscalizadoras, sin perjuicio de que el Intendente también podría mantener determinadas iniciativas exclusivas, tal como se señala por lo demás en el proyecto, en materia de orden financiero o de orden público, etcétera.



En ese sentido insisto que un esquema de esa naturaleza me parece más armónico con un Estado unitario. Nos evitamos la eventualidad de autoridades regionales que puedan intentar asumir demasiada autonomía e incluso romper los equilibrios financieros, los equilibrios presupuestarios al interior del Estado, como por ejemplo ha sucedido incluso en Estados Federales como el argentino, donde muchas veces se han producido déficits financieros o presupuestarios importantes dentro de cada una de las provincias.

Estoy de acuerdo en la existencia de un gabinete regional, como lo planteaba el profesor Nogueira, con un Intendente designado por el Presidente de la República, pero ratificado por el Consejo Regional. Me parece que las secretarías regionales, en este caso debieran ser también de designación del propio Intendente, como los colaboradores directos del Intendente en este caso, y manteniendo una iniciativa exclusiva en determinadas materias, sin perjuicio de que la iniciativa reglamentaria o normativa estuviese radicada, principalmente, en el ámbito del Consejo Regional. Es decir, para ir potenciando y transformando efectivamente en una suerte de gobierno semiparlamentario en el ámbito regional, y de este modo potenciar las capacidades de la comunidad regional.

Por otra parte, creo que no ayuda al fortalecimiento de las regiones y su desarrollo, la tendencia a aumentar el número de éstas. Ella más bien tenderá a debilitarlas política, económica y estratégicamente y terminará ocurriendo lo mismo que ha ocurrido con el proceso de municipalización, esto es, la atomización comunal y el minifundismo municipal y, con ello, el empobrecimiento, la disminución de recursos propios y la desigualdad económica y social. Al contrario, debieran crearse macro regiones, que tuviesen una gravitación mayor en el poder político y económico y equilibraran la concentración política y económica de la Región Metropolitana.

Respecto del ámbito provincial, yo mantendría la división territorial político-administrativa de la provincia, pero con otro sentido. Hasta ahora ha sido una extensión más del poder presidencial, formando parte del Gobierno y de la Administración Interior del Estado, como lo señalé anteriormente, es expresión más de la longa manus del poder central. Estoy convencido que hay que poner un límite a ese poder hacia el interior y terminar con los gobernadores provinciales, que importan gasto público excesivo y asimismo, una dúplica de funciones que las puede ejecutar una administración regional más fuerte y las propias municipalidades. Mucho gasto en administración y en burocracia provincial, en circunstancias de que se podría transformar a las provincias en agrupaciones de comunas, como ocurre por ejemplo en España. Las provincias se mantendrían como divisiones territoriales político-administrativas, pero destinados a servir como uniones de comunas o de municipios, es decir, dejarían de ser la extensión del poder central para pasar a constituirse en una manifestación de la autonomía comunal y, a su vez, evitar o subsanar el problema de la atomización comunal y el minifundismo municipal.

Uno de los graves problemas que se ha producido a partir de los años 80 en adelante, es precisamente éste en el ámbito comunal. En efecto, se han atomizado las comunas originales, creándose múltiples mini-comunas y, como consecuencia, de este proceso, se ha producido, en primer lugar, un empobrecimiento, una desigualdad y una segregación en el ámbito comunal.

Desde hace más de 30 años, los municipios han venido asumiendo crecientemente más funciones de las que tradicionalmente correspondían al sistema municipal de antes de los años 80.

Como consecuencia de lo anterior, las municipalidades fueron concebidas como corporaciones autónomas de derecho público, con funciones relativas a la educación básica y media, atención primaria de salud, asistencia social a familias



vulnerables, desarrollo de organizaciones comunitarias, urbanismo, vialidad, obras públicas, áreas verdes, medio ambiente, administración de cementerios, seguridad ciudadana, promoción del deporte, la cultura y la recreación.

Ese diseño de descentralización administrativa a nivel municipal, concibió una enorme e irracional multiplicación de comunas (la división territorial político-administrativa), para lo cual se procedió a subdividir una sola comuna original, en 2, 3, 4 y hasta 5. Esto ha significado una verdadera atomización comunal, que bajo los esquemas de la propia administración municipal, se le denomina en los estudios comparados, “minifundismo municipal”. Y no hay intención de detener esta dinámica, pues, como se comprobó hace unos años atrás, se han creado nuevas comunas, totalizando casi 350 en el país, todas ellas pobres y, por tanto, necesariamente dependientes del gobierno central y de su insuficiente sistema redistributivo.

A todo lo anterior, se han sumado emergentes necesidades, cuya satisfacción la misma comunidad paulatinamente hace responsable al municipio, como los programas del adulto mayor o de asistencia a la juventud, familia, etc., aunque es preciso decir que muchas de ellas nacen de la imaginación de los distintos alcaldes para aumentar su clientelismo electoral, pero que por cierto, implican exclusivamente gastos, en un marco de escasos recursos que conllevan solo a déficit y endeudamiento.

Esta realidad, que aparentemente se podría ver como un avance y una modernización del Estado, como conveniente al ejercicio de la democracia en la base, así como una mejor y más inmediata forma de acceso ciudadano al Estado mismo, ha generado importantes déficit presupuestarios, y lo que es peor, ha generado una enorme inequidad en materia de recursos y en la distribución y calidad de los servicios, todo lo cual también importa una ineficiente administración.

El resultado de esta división político-administrativa del Estado en el nivel municipal, es el de una división económica y social del país a nivel comunal, que a todas luces contribuye junto al mercado, con altos índices de inequidad y segregación y, en consecuencia, una ruptura de la cohesión social desde el propio Estado.

Actualmente vemos que muchas de las causas de los problemas educacionales y de la salud, provienen precisamente de esa atomización comunal, al minimizar el potencial de cada comuna. Al dividirla y subdividirla en cuatro o cinco comunas, se han ido empobreciendo las comunas, restándoles ingresos, aumentando el gasto público con la creación de nuevas municipalidades y en consecuencia hoy día estamos viendo que tenemos déficit en materia educacional, déficit en materia de salud. Se le han atribuido muchas más funciones a los municipios, pero sin el correspondiente financiamiento, de manera que ahí hay un punto importante, por eso que quería hacer referencia al ámbito municipal, que a mí me parece, a diferencia del profesor Nogueira, que sí requiere cambios fundamentales.

Como señalaba anteriormente, se han aumentado las atribuciones y las funciones municipales y, sin embargo, no ha habido un aumento real respecto de su financiamiento, salvo vía redistribución a través del fondo común municipal. Desde hace años, desde que se comenzó a implementar el proceso de municipalización, tenemos municipalidades donde la educación sufre graves problemas de financiamiento, de calidad y de desigualdad. Se ha generado, por lo demás, un alto nivel de segregación, comprobado empíricamente y a través de muchos trabajos y muchas investigaciones de distintos organismos.

Es decir, lamentablemente el propio Estado, a través del sistema municipal, ha sido uno de los causantes y responsables de la segregación y desigualdad sociales, además de los desequilibrios y de las desigualdades que puede generar el mercado. O sea, mercado y Estado generan al interior de nuestro país altos niveles de desigualdad, por una estructura que es ineficiente, una estructura ineficiente en el ámbito comunal, que es responsabilidad de una política estatal.



Creo que además durante este periodo ha fallado el tema de la participación de las instancias efectivas de participación. En el ámbito municipal se han llevado a cabo muchas reformas en el ámbito de la participación. La última gran reforma es la Ley 20.500 sobre participación en la gestión pública, que hasta el día de hoy no ha tenido suficiente impulso. Es una ley que hoy día está ahí sin que haya tenido mayor desarrollo. Ese es un punto importante, y que permite, en definitiva, poder incorporar a otras fuerzas locales organizadas, dentro de la gestión tanto de las regiones como de las municipalidades.

Llamo la atención sobre la Región Metropolitana: ella tiene cerca de 40 municipios. Hace 30 años eran mucho menos, porque había municipalidades que agrupaban tres o cuatro municipios que hoy día existen individualmente. Como consecuencia de esa atomización comunal, se generó mucho gasto público en nuevas administraciones, personal, nuevas municipalidades. Tuvieron que repartirse de manera inequitativa los fondos que ingresaban a cada una de esas municipalidades, y por lo tanto lo que vimos a lo largo de este periodo ha sido un empobrecimiento. Es decir, tenemos unas pocas municipalidades ricas –tres o cuatro que pueden subsidiar los déficits– y el resto son todas municipalidades pobres.

A nivel nacional, se ha mantenido la tendencia a seguir creando comunas y sus respectivos municipios. Esto no es racional, lo que significa que no se basa en una racionalización administrativa, de modernización estatal, sino, lamentablemente una lógica política, de cálculo particular o partidista, y, precisamente por ello, no se mira el bienestar y la igualdad de la sociedad.

Por lo anterior afirmo la necesidad urgente de resolver los problemas que plantea el sistema municipal y asumir a su respecto, de la misma forma que se formula respecto del sistema regional, una reforma que genere un municipio democrático e igualitario, con una efectiva participación comunal y una mayor cohesión social.

Este sería mi comentario.

...Aplausos

PROFESOR PAULINO VARAS A.: Muchas gracias, profesor José Ignacio Vásquez, por su completa propuesta de descentralización del Estado.

Por favor, hacer las preguntas y luego se responderán.

Primera pregunta

ASISTENTE: Quiero manifestarle al profesor Vásquez, que me ha dejado deprimido, porque en realidad yo soy abogado regionalista y he participado prácticamente en todas las actividades aquí y afuera, y pocas veces había escuchado esta postura que va contra la corriente, de cierto modo discrepar del niño símbolo de la campaña de la descentralización, que es el Intendente. La figura del Intendente es la expresión máxima del centralismo asfixiante que ejerce la clase política, intelectual, cultural, económica y de toda naturaleza sobre el resto del país. Entonces, de lo que se trata es precisamente de conceptualizar una cosa fundamental: Chile no es viable si no existe verdadera democracia.

Como planteaba el profesor Nogueira, es el único país en Latinoamérica que no elige sus autoridades a nivel regional y siempre las personas como el profesor Vásquez, que discrepan de esta reforma que falta, plantean la frase cuco del país unitario, que no tiene nada que ver con el tema. El tema de que se elijan los intendentes de las regiones no ataca en lo absoluto el problema de la estructura unitaria de este país.



Por lo tanto, simplemente me parece que la visión del profesor es la visión del centralismo, la visión autoritaria, vertical, que en cierto modo menosprecia e infantiliza a las regiones.

Yo soy de Concepción, por ejemplo, y Concepción tiene más de ocho universidades. ¿Cómo no va a tener la Región del Bío-Bío o la Región de Valparaíso gente capacitada para autogobernarse? ¡Por favor...! Creo que es una falta de respeto hoy día plantearlo.

Esta reforma tiene el apoyo transversal de toda la clase política para avanzar, pero evidentemente con todos los resguardos que corresponden y no por el típico resguardo del temor se impida que la gente en las regiones pueda asumir su mayoría de edad.

Me gustaría, de verdad, profesor, que pudiera explicar el fundamento del por qué usted no es partidario de que las regiones recuperen su soberanía, por qué tiene que haber un fundamento más allá del temor del centro respecto de lo que puedan hacer las regiones. Yo creo que eso, de alguna u otra manera, con mucho respeto, es una falta de respeto hacia el pueblo en las regiones.

Muchas gracias.

Segunda pregunta

ASISTENTE: Le pediría un comentario a la profesora García y al profesor Vásquez, básicamente porque conozco bastante el pensamiento del profesor Humberto Nogueira sobre estos temas.

Más allá de estas reformas institucionales donde la elección del ejecutivo o del intendente es crucial, hay un tema de fondo que tiene que ver propiamente con una nueva Constitución, que es el fondo de la arquitectura institucional del país. ¿Cómo se ha construido? Llevamos 200 años construyendo una arquitectura institucional, una administración y un Gobierno sobre la idea fundamental de que el Gobierno y administración del Estado corresponden al Presidente de la República. Por lo tanto el punto crucial de una nueva reforma constitucional, también pasa porque los arquitectos de esta Constitución diseñen un buen sistema para lograr la efectiva transferencia de institucionalidad hoy día nacional, centralista, al nivel regional.

En términos de recursos, por ejemplo, tenemos hoy día una institucionalidad raquítica en el gobierno regional frente a la administración central desconcentrada. En los países que se han descentralizado eso llega a una fórmula virtuosa de un tercio, un tercio, un tercio, municipal, regional, nacional. Desde el punto de vista financiero son números, pero desde el punto de vista institucional significa que nosotros tenemos que transferir competencias, recursos, personal, desde el nivel nacional desconcentrado al nivel regional.

La pregunta aquí es ¿cuál es el diseño arquitectónico institucional para hacer eso? ¿Cuál es el mecanismo?

A propósito de lo que decía la profesora García sobre estas reformas programáticas de la Constitución del 2005, por ejemplo el 114 establece una disposición programática redundante de que el Presidente podrá transferir competencias. Eso lo puede hacer: manda una ley y lo va a hacer. O sea, no tiene significación.

Quisiera que se pronunciaran, para inducir la conversación, es sobre qué tan irrelevante es el 114, que en el actual



proyecto constitucional que manda este Gobierno, plantea una nueva disposición 28 transitoria, por ejemplo. En esa disposición 28 transitoria lo que hace, en definitiva, es crear una especie de DFL regionalizador, mediante el cual el Congreso deberá entregar facultades al Presidente de la República, para que en un periodo de cuatro años pueda efectivamente hacer transferencias. Como notaremos, es una reforma radical al sistema del DFL, que tiene limitantes bastante grandes en nuestra Constitución, y significa que también es una forma de superar la limitación del 65, número 2 de la misma Constitución, que solamente mediante ley se pueden crear servicios, empleos públicos, etcétera.

Entonces, ¿cómo reflexionamos sobre algún mecanismo que nos permita de alguna manera transferir una institucionalidad creada durante 200 años, que ha acumulado recursos, personal, normas prácticas políticas a la región de una manera también institucional? ¿Va a ser esta especie de DFL que se está creando en el 28 transitorio? ¿Va a ser a través de proyectos de ley sucesivos, que sabemos que duran 10 años su tramitación? y que mediante ese mecanismo no vamos a llegar a ninguna parte. Los invito a reflexionar sobre cuál es el mecanismo para hacer una efectiva transferencia de institucionalidad.

Tercera pregunta

ASISTENTE: Perdón, una precisión, el profesor Nogueira, habló de una reelección y después mencionó dos reelecciones, entonces me parece que con una reelección, dado que el Presidente de la República no tiene reelección, sería suficiente.

Cuarta pregunta

JAVIER BASTÍAS: Dos preguntas para el profesor Nogueira.

La primera es una duda que me surge. ¿La creación de estos gobiernos regionales conllevaría achicar al Poder Ejecutivo central, vista la experiencia de otros países, como puede ser el caso español, al final el Ejecutivo central mantuvo su tamaño? Al final la creación de órganos descentralizados conllevó un aumento del gasto y también a una resistencia del Poder Ejecutivo central. Entonces, en esa propuesta que ha presentado, una consecuencia sería achicar ese Poder Ejecutivo central.

Luego, otra duda que me surge es que por el planteamiento de la propuesta, me ha dado la impresión de que esa creación de ese poder regional sería sobre todo un poder ejecutivo, sería una descentralización a nivel ejecutivo, que tendría potestad reglamentaria. Pero entiendo que no tendría potestad legislativa. Es la impresión que me da la propuesta y la pregunta es ¿no se crearía de esa forma una excesiva uniformidad legislativa, que puede limitar mucho ese principio de autonomía? Es decir, sería una autonomía muy limitada, porque estamos partiendo de una uniformidad legislativa.

Ahí la atención que planteo es cuánto de limitado o de amplio podría ser ese poder reglamentario, y si en la propuesta plantean algún tipo de competencia legislativa por parte de las regiones o algún tipo de elemento que pueda contrarrestar una excesiva uniformidad legislativa. Vale decir, si pueden tener capacidad de iniciativa legislativa, de poder levantar algún tipo de proyecto de ley sin considerar esa especificidad que se había planteado en ese estatuto para La Araucanía, porque entiendo que hay otra diversidad en otros territorios.



Quinta pregunta

ASISTENTE: Relacionado con lo que se acaba de señalar, estoy de acuerdo con el esquema planteado por el profesor Nogueira respecto a la descentralización, en tanto considero que es de la esencia del concepto de descentralización la autonomía, al menos en cierto grado de las comunidades.

Pero en ese sentido extrañé un poco que no se explayara sobre el mecanismo de distribución de transferencia de las competencias, porque me parece que es una parte esencial de la descentralización. Entiendo que fue por tiempo, pero por ejemplo tengo aquí el informe de la Comisión Asesora Presidencial, en la que se establecen algunas de las competencias exclusivas del gobierno regional, y hay un punto que me hace un poco de ruido, el relativo a otras materias que conciernen exclusivamente a la respectiva región o que asuman en ella una particular configuración.

Al respecto, me surge una suerte de lo que se ha llamado “cláusula general de competencia”. En ese sentido, respecto de lo señalado por mi antecesor, cómo se condice esto con nuestro implantado principio de legalidad, en que también hay una sentencia del Tribunal Constitucional, que habla que tenía que haber especificidad y determinación de la ley para que los organismos de la administración pudiesen ejercer sus funciones. Entonces, este tipo de cláusula, aparte de que sería polémico conciliarlo con eso, finalmente igual busca una autonomía que quizás se pareciera a lo que es finalmente legislativo. Si fuera así, sería deseable para Chile que después hubiese un esquema de Estado regional.

Sexta pregunta

ASISTENTE: La verdad es que yo quedo un poco sorprendido, porque pareciera ser que todo el tema constitucional no está relacionado con un sistema económico. El sistema económico es concentrador. ¿Dónde invierten las grandes empresas o grandes capitales? Invierten donde existe la demanda.

Yo siento que aquí no se discute el sistema económico, que de alguna manera la Constitución del 80 fue muy exitosa porque promovió el actual sistema, que es esencialmente concentrador. Es decir, si no hay desconcentración económica, cómo podemos nosotros pretender desconcentración de otro tipo, institucional, etcétera.

PROFESOR PAULINO VARAS A.: Primero va a contestar el profesor Humberto Nogueira; a continuación la profesora Ana María García y finalmente el profesor José Ignacio Vásquez.

PROFESOR HUMBERTO NOGUEIRA A.: Voy a tomar sólo los aspectos centrales. Lo primero que tendría que precisar es que el proyecto descentralizador es un proyecto descentralizador en el marco de un estado unitario. En este sentido, no se busca transformar las formas jurídicas de Estado, de un Estado unitario a un Estado autonómico. Por lo tanto, no estamos siguiendo el modelo español ni el modelo italiano, ni eventualmente el modelo portugués u otros.

Estamos más cerca del modelo francés de descentralización regional. Ahora, dentro de esa perspectiva, lo que sí está claro que lo que busca el proyecto es separar claramente lo que es la función de gobierno interior de lo que es la función de gobierno y administración regional, en el entendido de que la función de gobierno regional implica fundamentalmente lo que los italianos dirían “el indirizzo” en el ámbito económico, social y cultural, vale decir, el tener en sus manos la gestión del ámbito económico, social y cultural del desarrollo integral de la correspondiente región.

Por lo tanto, no me parece adecuado en un diálogo con el profesor Vásquez, el mantener en una entelequia poco clara



y confundida lo que es la función de gobierno interior con lo que es la función de gobierno y administración regional.

Creo que la función de gobierno interior es propia del Gobierno central, y por lo tanto no puede confundirse con la tarea de un ejecutivo del gobierno regional, que tiene una misión distinta del Gobierno central.

Por eso, en este esquema lo que buscamos que esa función de gobierno interior en el ámbito regional, se ejerza a nivel de los delegados presidenciales a nivel de las respectivas provincias, precisamente para que no haya ninguna posibilidad de choque entre la autoridad regional, que es electa y representativa de la región, con estas autoridades que son delegados del Presidente de la República para lo que es el orden público y todas las demás cosas propias de gobierno interior.

En este sentido, no nos parece conveniente establecer una confusión entre ambos elementos y es por eso que está el esquema tal como está definido.

En seguida, plantear que como se trata de una centralización regional de carácter político, es obvio que la autoridad regional ejecutiva debe ser electa por la propia comunidad regional. No hay otro modelo en este sentido de descentralización regional que no sea ésta, el de una regionalización democrática desde el punto de vista de ser coherente además con el Artículo Cuarto de la Constitución, de que somos una República democrática en ese sentido.

Por otra parte, cabe señalar que en esta perspectiva, al ser una descentralización dentro de un estado unitario, no cabe la autonomía en el sentido clásico de la expresión, vale decir, autonomía implica autonormación, vale decir, capacidad de legislar por sus propias competencias. Desde esa perspectiva, lo que sí contiene el proyecto es la posibilidad que las regiones tengan iniciativa de ley nacional –pero iniciativa de ley– en las materias que son propias de la competencia regional, cosa de que active el proceso legislativo de lo que es el Gobierno central, y por lo tanto del Parlamento, que es el único que existe en el país. Si estamos en un estado unitario, no puede haber descentralización legislativa. Por lo tanto, en ese sentido, no somos un estado autonómico, ni somos un estado federal.

Ahora, lo que sí avanzamos hacia una cercanía con el estado autonómico, es porque planteamos la necesidad de que algunas competencias exclusivas de los gobiernos regionales estén planteadas constitucionalmente. Por lo tanto, que la resolución de ese conflicto no sea por la vía administrativa, sino que sea por la vía de la jurisdicción constitucional, y eso está claramente definido en esa línea.

Señalado ello, el otro tema es por qué no hemos tratado las competencias en específico, simplemente porque no tenemos tiempo, en media hora no se puede hacer. No tengo ningún problema en hacerlo en otro panel en que tengamos el tiempo suficiente para completarlo.

Por otra parte, y finalmente, el otro elemento que conviene establecer es que fuera del eje político constitucional, que yo dije que iba a desarrollar, hay cuatro ejes más de la reforma, dentro del cual está el eje financiero tributario. Y ese eje no lo he tocado, porque no tenemos tiempo tampoco para desarrollarlo. Pero obviamente está. Hay cinco ejes en este proceso de descentralización regional. El documento los aborda todos y propone medidas para todos, pero no tenemos tiempo hoy día para poder conocerlo.

PROFESOR PAULINO VARAS A.: Gracias, profesor.

Profesora Ana María García, por favor.



PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: La pregunta concreta era en relación al mecanismo para hacer efectiva la transferencia. La transferencia actualmente está contemplada en el Artículo 114. Sin embargo, la ley nunca se ha concretado. La transferencia se hace por ley. La ley determina la forma y el modo en el que el Presidente de la República puede transferir a los gobiernos regionales una o más competencias. Es una norma programática, en realidad. ¿Por qué las transferencias no se han hecho? No ha habido voluntad política. Eso era lo que yo le planteaba.

Ahora, hay un proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica sobre Gobierno, con el ánimo de fortalecer la regionalización del país y modificar la Ley Orgánica sobre Gobiernos Regionales, en que se atribuye potestad al Presidente de la República para transferir competencias, y que podría ser por un acto administrativo.

Yo creo que es un punto crucial que usted ha tocado, porque de no hacerlo de manera eficaz, queda en una simple norma programática. Las transferencias se pudieron haber hecho, sin embargo hasta el día de hoy ha habido un problema porque tiene que ir acompañada del financiamiento correspondiente. No ha habido voluntad política, simplemente.

PROFESOR PAULINO VARAS A.: Gracias.

Profesor Vásquez, por favor.

PROFESOR JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ M.: En primer lugar, lo mío simplemente ha sido un comentario. No es para producir una depresión. Creo que hay que tener suficiente tolerancia para mantener el equilibrio necesario. Pero yo lo que planteé no fue en absoluto una reafirmación o un asentamiento del régimen presidencialista al interior del ámbito regional. Para nada. O sea, soy absolutamente contrario a eso. Simplemente lo que yo he planteado es una transformación efectiva, que también debiera ser planteada a nivel nacional, de una suerte de gobierno semipresidencial. Soy absolutamente partidario de una reforma en el ámbito del Gobierno Central, no hacia una forma de presidencialismo, sino a una forma de Gobierno semipresidencial, de manera que haya un órgano semilegislativo que también tenga importancia.

En el ámbito regional, lo que yo he planteado es que el Consejo Regional sea un órgano que tenga muchas más potestades y mucho más peso político dentro de la región; que sea un órgano de representación efectivo y que simplemente el Intendente sea un representante del Presidente de la República, que tendría que ser ratificado por el Consejo Regional. No he planteado que sea el presidente de la región; que simplemente sea un agente en un sistema relativamente parlamentario. Es decir, un ejecutor de lo que resuelve el Consejo Regional. Pero, claro, con una vinculación al ámbito central, porque esta duplicidad entre un Intendente y un delegado nacional no me parece muy clara.

La verdad, no estoy de acuerdo con ese interventor o con ese engendro, que es un delegado nacional, no el Intendente. Sobre ese engendro no estoy de acuerdo. Estoy de acuerdo con que haya simplemente un representante del Ejecutivo, que pueda tener iniciativa en algunas materias propias del ámbito central, y que en todo el resto tenga iniciativa legal o como le queramos llamar al tipo de fuente formal que va a emanar al Consejo Regional. Eso es todo.

PROFESOR PAULINO VARAS A.: Agradezco muy sinceramente a los expositores y cada uno de los presentes su asistencia y preguntas.

Muchas gracias.

...Aplausos



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Una gran conversación por

CHILE

Proceso constituyente y
nueva constitución política



CAPÍTULO XIV / SESIÓN 15 DE OCTUBRE DE 2015

ROL DEL ESTADO
¿ESTADO SUBSIDIARIO?





ROL DEL ESTADO ¿ESTADO SUBSIDIARIO?

■■■

SESIÓN 15 DE OCTUBRE DE 2015

Expositor:

- *Profesor Salvador Mohor A.*

Comentarios:

- *Profesor William García M.*
- *Profesor Álvaro Tejos C.*
- *Moderador: Profesor Enrique Navarro B.*

PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B.: Buenas tardes.

Continuamos con el Ciclo de Discusiones de Proceso Constituyente y Nueva Constitución Política, que el Departamento de Derecho Público ha realizado durante todas las semanas hace ya más de dos meses, y en el que se han analizado diversos temas referentes a la materia. Como sabemos, incluso en los días la Presidenta de la República ha señalado un camino que se plasmaría en un texto constitucional vinculado a su vez con el Congreso del 2017 en adelante, con distintas formas.

Hoy día, la temática que nos reúne es el rol del Estado, Estado Subsidiario, y en tal sentido vamos a reflexionar sobre esta materia, que es uno de los puntos que normalmente genera debate y controversia en la academia y también entre aquellos que han estudiado esta materia en el último tiempo.

Para analizar este principio constitucional y su alcance, vamos a en primer lugar a dejar con ustedes al profesor Salvador Mohor.

El profesor Mohor es Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de nuestra Universidad, siendo profesor titular de Derecho Constitucional. Ha ejercido la docencia en esta disciplina en esta Facultad, desde hace algunos años.

Ha sido Vicedecano de esta Facultad; miembro de la Comisión de Evaluación y de Apelación de Calificación Académica. Director de Derecho Público en la Universidad del Desarrollo, profesor en otras universidades. Es autor de diversas publicaciones y artículos en revistas nacionales y extranjeras. Ejerce, además, libremente la profesión, y obviamente se ha dedicado esencialmente en su vida profesional, de manera muy destacada, al Derecho Público.

Profesor Salvador Mohor.

PROFESOR SALVADOR MOHOR ABUAUAD: Gracias por sus palabras, profesor.



PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN CONSTITUCIÓN DE 1980

1. Este principio rector de la sociedad, fundado en la primacía de la persona y organizaciones intermedias frente al estado, que encuentra sus raíces en la doctrina social de la iglesia católica y que, por tanto, es parte de la concepción humanista occidental cristiana de la sociedad, postula en su dimensión negativa:

a) *Que el Estado debe reconocer y proteger la libertad de las personas y la autonomía de los cuerpos intermedios que integran la sociedad civil, para realizar y emprender de modo preferente actividades tendientes a satisfacer sus necesidades y alcanzar sus fines propios y específicos.*

b) *Y en su dimensión positiva dicho principio reserva al estado, por razones de bien común, la potestad exclusiva para asumir las siguientes actividades.*

- *b1) Aquellas que les son inherentes (funciones clásicas del estado);*
- *b2) Aquellas que por razones estratégicas de bien común sea conveniente que permanezcan dentro de la órbita de acción estatal en un momento histórico determinado;*
- *b3) Aquellas que los particulares no realizan o realizan de modo deficiente, insuficiente o ineficiente, con el sólo propósito de suplirlas, complementarlas o rectificarlas, teniendo siempre presente la conveniencia de resituirlas o mantenerlas, según sea el caso, en el sector privado.*

2. El principio de subsidiariedad no está expresamente consagrado en algún artículo de la Constitución bajo esa denominación –como no lo está, por ejemplo, el principio de separación de funciones de cuya consagración constitucional nadie duda– pero su presencia, sin perjuicio de la historia fidedigna de la Constitución (CENC. Sesiones 384, 388, 389 y 398) y la jurisprudencia del TC (STC Roles N°s 46-87, N° 352-02, N° 577-06, N° 467-06 y N° 1295-09) queda en evidencia a través de diversos preceptos constitucionales que se han plasmado sobre la base de su filosofía y constituyen tácitamente su expresión normativa. En efecto, por lo que respecta a su dimensión negativa, que se traduce en un “dejar hacer” a los privados, ella encuentra su fundamento normativo general en los principios de libertad y autonomía consagrados en el Artículo Primero, inciso 1° y 3° de la Constitución, y sus manifestaciones específicas se concretan en diversos preceptos constitucionales que aseguran de modo preferente a los particulares el desarrollo de una actividad en el ejercicio de un derecho fundamental, y digo preferente porque la Constitución solo asegura tales derechos a las personas mas no a la autoridad: artículo 19 numerales, 21, 22, 23, 24, 25, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 18 y 19. Tales preceptos garantizan a los particulares bajo determinados condicionamientos, un rol protagónico en la economía, la minería, el uso y goce de las aguas, la salud, la seguridad social y la educación, entre otras.

Por lo que se refiere a la dimensión positiva del principio de subsidiariedad es decir, aquella que por razones de bien común impulsa la intervención del estado para suplir, complementar o rectificar las deficiencias, ineficiencias o insuficiencias del actuar privado, ella encuentra su fundamento general en las disposiciones del Artículo 1° incisos 4° y 5° de la Constitución, puesto que tales preceptos le imponen al Estado el deber de generar subsidiariamente condiciones sociales de bien común, resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, así como integrar armónicamente a todos los sectores de la comunidad nacional, removiendo los obstáculos económicos, sociales y culturales que impiden que las personas puedan gozar plenamente de sus derechos, asegurando de este modo



que puedan participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Ello pone en evidencia la servicialidad y solidaridad del Estado, que al actuar de este modo colabora con las personas y los cuerpos intermedios en la satisfacción de sus necesidades.

Por lo que respecta a las manifestaciones específicas de la dimensión positiva, ella se insinúa, por cierto, en aquellos ámbitos de actividad que la Constitución reserva a los privados, con el propósito de asegurar la consecución de objetivos de bien común, cuando la actividad privada es inexistente, insuficiente o deficiente, desde el punto de vista de la obtención de tales objetivos.

En este contexto de ideas se comprende la actividad subsidiaria que realiza el Estado en los ámbitos empresarial, de la seguridad social, de la salud, de la educación, del transporte y de la vivienda, entre otras, siempre con el propósito de complementar, suplir o rectificar las deficiencias, ineficiencias o insuficiencias del actuar privado.

En el plano político estatal, la actividad subsidiaria del Estado se lleva a cabo para complementar o rectificar las deficiencias o insuficiencias de municipalidades, provincias y gobiernos regionales, según se desprende por ejemplo de las normas constitucionales y legales relativas al régimen presupuestario de tales entidades, a las actividades del transporte, la construcción, cuidado del medio ambiente, atención de emergencias y catástrofes, principalmente.

3.- De la sola conceptualización del principio de subsidiariedad puede observarse que dicho principio está llamado a armonizar los requerimientos del poder y la libertad, puesto que la idea subyacente es dejar que la libertad y la autonomía se expresen libremente en los diversos ámbitos de la vida relacional, pero sin perjuicio de la intervención que cabe el Estado en el ejercicio del poder, para suplir, complementar o rectificar las deficiencias, ineficiencias, o insuficiencias a las que eventualmente puede conducir el ejercicio de la libertad. Por lo tanto, nada más alejado de la realidad es sostener que el principio de subsidiariedad relega al Estado a una situación de pasividad e indiferencia social.

4.- En este punto me parece conveniente recordar las lecciones de Derecho Constitucional de André Hauriou precisamente en torno a la conceptualización del Derecho Constitucional. En síntesis, después de desestimar el concepto de Marcel Prèlot que en su definición de Derecho Constitucional parece exaltar el elemento poder en desmedro de la libertad, y el concepto de Mirkiné Guetzévitch que, por el contrario, exagera la libertad en detrimento del poder, concluye que el objetivo del Derecho Constitucional no es otro que el de armonizar o conciliar los requerimientos del poder y la libertad, sin que ninguno de estos elementos pueda relevase en desmedro del otro. Llega a esta conclusión a partir de su concepción sobre la bidimensionalidad de la naturaleza humana. Una de esas dimensiones es la naturaleza social del hombre que lo impulsa a vivir en sociedad y que el autor considera como la fuente del poder, pues no hay sociedad sin poder. La otra dimensión es la individual que lleva al hombre a afirmar su propia personalidad y que vendría ser la fuente de la libertad y de los derechos individuales. Por lo tanto, deduce nuestro autor, que el poder y la libertad no son una creación artificial de la mente humana, sino emanaciones o proyecciones de la naturaleza humana. Siendo así ambos elementos deben siempre concurrir en toda forma de organización política, sin que ninguno pueda exaltarse en desmedro del otro. De ahí es que, a su juicio, formas políticas como la anarquía y el totalitarismo no pueden subsistir por mucho tiempo, pues tratándose de expresiones contrarias a la naturaleza humana están destinadas a desaparecer.

5.- Pues bien, el principio de subsidiariedad está precisamente en línea con la finalidad esencial del Derecho Constitucional: compatibilizar o armonizar los requerimientos del poder y la libertad. En este contexto de ideas,



dicho principio responde admirablemente a las diversas dimensiones de la naturaleza humana y se encuentra por tanto indisolublemente ligado a ella.

6.- Sin embargo, el principio de subsidiariedad no ha recibido el reconocimiento generalizado a que, por su naturaleza, se hace acreedor, pues se les suele considerar, especialmente, en sectores de izquierda o aun nacionalistas, como la vía a través de la cual el capitalismo, atenuando los excesos del liberalismo individualista del Siglo XIX, busca, por una parte, su legitimación social y, por otra, la justificación de la desigual distribución de la riqueza, asegurando así la instauración y conservación de un modelo económico en que no impera la justicia social.

Todo lo anterior sería consecuencia de la lógica con que opera en la práctica el principio de subsidiariedad. En efecto, dicho principio empuja al estado a desprenderse de actividades de evidente interés social, bajo la filosofía de que tales actividades, por su naturaleza, debieran ser asumidas por los particulares, sentando así los presupuestos de su futura privatización total o parcial. En la vertiente crítica que se esboza, la privatización acarrea fundamentalmente dos inconvenientes.

Primero, porque ella solo se produce en favor de un sector, el sector más pudiente de la sociedad, y no en beneficio de toda la comunidad y, segundo, porque ese sector se mueve en función del lucro y al hacerlo, necesariamente descuida la situación del trabajador y margina de los beneficios sociales que ofrece a quienes no pueden pagarlos, deficiencias que se observarían en diversos ámbitos, especialmente, en los de la salud, la educación y la seguridad social.

De esta manera, el principio de subsidiariedad llevaría al Estado a actuar en función de los intereses privados, dejando de cumplir con su función social de bien común. Al final de cuentas la aplicación del principio de subsidiariedad terminaría en la práctica favoreciendo el desarrollo del capital en perjuicio del trabajo, y la concentración de la riqueza en desmedro del interés general.

7.- Asumimos por razones argumentativas que las deficiencias reseñadas sean realmente efectivas. En tal caso, cabría preguntarse si esas deficiencias son atribuibles al principio de subsidiariedad en sí o más bien a la forma como dicho principio habría venido aplicándose en la práctica. La pregunta es absolutamente pertinente, porque, siguiendo la lógica inherente al principio, es deber del Estado detectar y enfrentar tales irregularidades y, según se ha expresado al conceptualizar dicho principio, corresponde al Estado rectificar, suplir o complementar las deficiencias, ineficiencias e insuficiencias del actuar privado, precisamente actuando en la lógica del principio de subsidiariedad y no fuera de ella. Si esto eventualmente no ha ocurrido, ello no parece ser imputable al principio mismo, sino más bien a quienes tienen el deber de aplicarlo en el ejercicio del poder estatal.

8.- De todo lo dicho resulta que las críticas formuladas al principio de subsidiariedad no son en realidad un cuestionamiento al principio en sí, sino a quienes tienen la responsabilidad de aplicarlo en todas las modalidades y variantes que dicho principio comprende. Por lo tanto, cabe preguntarse si sería razonable suprimir el principio de subsidiariedad y multiplicar consecuentemente la estructura orgánica y funcional del Estado, con el aumento del gasto fiscal y la tributación consiguientes, para entregarle la gestión y control directos de todas las actividades susceptibles de ser emprendidas por las personas y agrupaciones intermedias; o si sería razonable coartar la libertad, el legítimo incentivo del lucro razonable, la creatividad y la iniciativa privada de las cuales, en definitiva, depende el desarrollo y el progreso social, ante y por el solo riesgo de los eventuales abusos a que pudiera conducir el ejercicio de la libertad.



Porque ¿acaso no es igualmente un riesgo enfrentar la eventual corrupción, abuso e ineficiencia que puedan producirse en las diversas esferas del poder estatal?.

9.- Por lo referido precedentemente cabe concluir que entre un sistema que ahogue la libertad y exacerbe las prerrogativas del poder y otro en que se defienda a ultranza el desenfreno de un liberalismo individualista extremo, parece razonable adherir a una forma de organización política representativa del justo medio en que el poder y la libertad convivan en una relación de armonía y de equilibrio, y esa organización no es otra, a nuestro juicio, que aquella en que las relaciones del Estado y las personas se regulan por el principio de subsidiariedad.

Muchas Gracias.

...Aplausos

PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B.: Agradecemos al profesor Salvador Mohor su exposición acerca del alcance, sentido, proyección e interpretación del principio de subsidiariedad, y de esta manera nos invita a la reflexión acerca del mismo.

En primer lugar comentará la exposición el profesor Álvaro Tejos Canales, Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por nuestra Universidad; Candidato a Magister en Derecho, también por nuestra Universidad. Diplomado en la Universidad de Chile y la Universidad de Heidelberg, y Diplomado en Relaciones Internacionales también de esta Universidad.

Actualmente es profesor de Derecho Público en la Facultad de Derecho, además docente de las Cátedras de Derecho Constitucional Acciones, Ciencia Política y Derecho Público.

Es autor en diversas publicaciones en diversas revistas nacionales e internacionales, y ejerce también libremente la profesión de abogado dedicado especialmente a litigios en materia penal, civil y constitucional.

Profesor Álvaro Tejos.

PROFESOR ÁLVARO TEJOS C.: Muchas gracias.

Dos cuestiones previas. Espontáneamente surgen una serie de comentarios frente a las apreciaciones del profesor Mohor, sin perjuicio de lo cual, también cumpliendo con un deber pedagógico e informativo, escribí un paper, a cuyo respecto solamente voy a hacer alusión específica en aquello que me parece coincidente con la apreciación que me merece su exposición. También parto afirmando que tenemos varias coincidencias, puede que algunas discrepancias, pero mínimas.

Lo primero que les quiero decir desde un punto de vista por así decirlo óptico, es que siempre que se hace un análisis y un discurso en cualquier tópico del pensamiento, ello implica la utilización de un lenguaje, que en cuanto palabras y conceptos aún aproximados al ámbitos del saber e ideas que se intercambian entre supuestos conocedores, ameritan cierta indagación. O sea, una exposición temática del Derecho, en este caso del Derecho Público y Constitucional, que sea de carácter teórico, o todo se da por entendido o el entendimiento no se refiere más que a cuestiones aparentes o fenoménicas.

¿Cuáles son los conceptos relevantes que se ocupan en nuestras definiciones o análisis, por ejemplo, Constitución, sociedad, persona, libertad, comunidad, soberanía, poder constituyente, régimen político? Tampoco es una novedad



afirmar, por lo demás, que el lenguaje constitucional y las palabras que se ocupan para escribir las normas que deben fluir en la expresión positiva, y fijarse en la interpretación se refieren a lo político. Cuando hablamos de subsidiariedad, en el contexto de la norma constitucional, estamos hablando de cuestiones políticas porque se refieren justamente a la organización de un sistema, la polis, decisión que fluye, en todo caso, en un momento histórico determinado conforme a un cierto ethos, que propone una finalidad.

El Derecho Constitucional, la verdad, intenta juridizar la política, y dicho de cierto modo, la política se performa a través del Derecho Constitucional. La política es un acto libre, decisonal, polémico, social, y el Derecho es normativo. Pero cuando hablamos de subsidiariedad, evidentemente estamos hablando de un principio de régimen político que se instala dentro de un ámbito normativo.

El profesor recordaba a la doctrina francesa, y en el Derecho Comparado, también desde Francia, Duverger nos dice que el Derecho Constitucional, en definitiva, es el Derecho de las instituciones políticas, conténganse o no en el texto constitucional, agregando luego que la Constitución escrita contiene lo esencial de las reglas relativas a la estructura del Estado y la organización del Gobierno, muchas de tales reglas incluso no están establecidas por ella y se encuentran en leyes ordinarias, reglamentos o decisiones y costumbres políticas.

En definitiva, lo normativo constitucional también fluye, entonces, de una evidente decisión política, que se fija en un momento histórico determinado, agrego yo. En nuestro caso, corresponde a una escisión originaria de una nación, que tiene una configuración histórica y una identidad sociológica, que de ahí fluye la decisión de escriturar la norma.

La Carta Fundamental claramente pretende normar, y es un efecto causado por un poder constituyente. Lo dice con claridad Schmitt, es una voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de un conjunto sobre el modo y forma propia de existencia política.

En ese sentido, entonces, cuando uno indaga a la subsidiariedad, se refiere a las fases políticas esenciales de un régimen fijado originariamente por un ente que es la nación. Nosotros entendemos entonces que la subsidiariedad, además instalada normativamente dentro de las bases de la institucionalidad, configura no tan solo una propuesta, sino que más que eso un ethos.

La cuestión concreta es que cuando uno se enfrenta a la subsidiariedad –en eso coincido con el profesor Mohor– enfrenta el tema de la libertad. Si ustedes leen la historia política de Occidente y se fijan en los diversos paradigmas de análisis acerca de la configuración del orden, básicamente podemos estimar una gran decisión en el Siglo XV o XVI, y entender que en un sentido clásico, desde el pensamiento griego hasta la síntesis escolástica, los seres humanos vivíamos naturalmente en una comunidad política. El ser humano o las personas, como diría Aristóteles, eran animales políticos. Lo que definitivamente quiebra ese paradigma es la idea del pactismo y el liberalismo, a partir de las tesis hobbesianas, que culminan Locke y Stuart Mill.

En verdad, lo que propone la subsidiariedad desde la perspectiva clásica y asumida así por la doctrina política o por la política que fluye de la doctrina católica y el pensamiento filosófico de la catolicidad, es la idea de salvaguardar el principio de la libertad y la autonomía de las personas. La subsidiariedad es una suerte de resguardo frente a las agrupaciones, a los entes de relación, que conforman las personas producto de su natural tendencia no a homogeneizarse, sino que a relacionarse con otros.



La sociedad y el Estado, es una unidad, pero es un ente compuesto, no es fraccionado ni dividido. El Estado, la sociedad, es un conjunto de relaciones mayores y menores. Y lo que entra en juego, en una suerte de dialéctica bajo el paradigma clásico así interpretado, es que frente a la soberanía política indudable del Estado y la ejecutividad que le corresponde al Gobierno, está la idea de la soberanía social. O sea, los cuerpos intermedios evidentemente constituyen un ente de relación que deben tener libertad suficiente para ellos mismos desarrollar en armonía con la idea de bien común, su propio desarrollo, que es el desarrollo de las personas.

Nadie vive en sociedad si no es por una razón elemental, que es la necesidad de actualizar una potencia y perfeccionarla. La razón por la cual ustedes viven gregaria y socialmente es porque necesitan perfeccionarse en aquello que evidentemente de modo individual no pueden alcanzar. La subsidiariedad, entonces, viene a proteger ese concepto, esa idea, de que la libertad que ustedes tienen de desarrollo, que se expresa además gregaria y asociativamente en la búsqueda de otros, es la posibilidad que ustedes se perfeccionen.

Ha dicho el profesor Mohor que pareciera no haber norma expresa de carácter normativo en la indicación del principio. Hecha la salvedad que evidentemente una norma constitucional, como cualquier norma se interpreta, y en un sentido político está redactada en términos mucho más genéricos.

Sin embargo me parecen interesantes las sentencias en que el Tribunal Constitucional, como gran intérprete de la Constitución y defensor de su supremacía en un sentido típico, ha sostenido lo siguiente. Por ejemplo, en sentencia Rol 352: de acuerdo con el principio de la subsidiariedad, al Estado no le corresponde absorber aquellas actividades que son desarrolladas adecuadamente por los particulares, ya sea personalmente o agrupados en cuerpos intermedios.

A continuación, dice, también, por ejemplo, en el Rol 1295, respecto de estas asociaciones, es decir las intermedias, el Estado las reconoce y ampara. El reconocimiento implica que pueden existir sin su intervención y el derecho de asociación que la Constitución garantiza. La autonomía de los cuerpos intermedios, dice en otros procesos, Rol 284, de más antigua data, la autonomía de los cuerpos intermedios se configura, entre otros rasgos esenciales, por el hecho de regirse por sí mismos, estos es, por la necesaria e indispensable libertad para organizarse del modo más conveniente.

Es esa idea –escúchenlo bien– no de limitar necesariamente el poder, sino que delimitarlo, de cuál es el ámbito preciso de expansión del poder gubernativo en que pueda ser incidente en la autonomía y la decisión personal de cada uno de nosotros.

En el paradigma que no corresponde a este proyecto de subsidiariedad, me refiero por ejemplo a la Constitución norteamericana. Se habla de que el pueblo tiene el derecho a instalar un Gobierno, a derribar al que es despótico y a que cada persona busque o realice su derecho a la felicidad. Esa es la lengua y el paradigma sajón.

En nuestro ámbito de cultura latina, en el principio originariamente consagrado, de lo que se trata es de considerar que nosotros realizamos nuestra actividad, desarrollamos y perfeccionamos nuestras potencias a través, justamente, de la vinculación con otros. Y esta idea de que la gobernación o la gobernanza deben estar restringidas al ámbito de la autonomía, significa entonces que la subsidiariedad viene a realzar el principio de la libertad. Ahora es un principio político y social. Se puede expandir a lo económico. Pero el régimen, la polis, se configura a partir justamente de la actividad política en que la economía tiene la subordinación, no tan solo ontológica –viene después–, sino que además normativa.



La subsidiariedad no tan solo sirve para que la persona pueda desarrollar una actividad de carácter económico o social, como acabo de decir, sino para que se le respete en función, justamente, de un desarrollo sincrónico y armónico. Ahora, que el Estado sea subsidiario, no significa que se va a abusar. En eso estamos de acuerdo. Un estado subsidiario, y subsidio significa ayuda, significa colaborador, pero colaborador no a través de la intervención, sino que a través de la prestación de auxilios necesarios para que la persona realice su propia identidad.

Si ustedes leen la Constitución y la interpretan como un todo armónico, que corresponde que deba ser, no hay ningún precepto constitucional que pueda interpretarse en el sentido de la ausencia del deber estatal de auxilio bajo el principio de respeto a la autonomía y de la no absorción de la persona y su relacionalidad.

Se habla que el Estado está al servicio de la persona humana, que es servicial, que su finalidad es promover el bien común. El bien común es la percepción del hombre en sociedad. Se indica al final del Artículo Primero que el Estado debe propender al fortalecimiento de la familia, defenderla, y la integración armónica de todos los sectores de la nación. Y así, suma y sigue una serie de preceptos cuya instalación no es la omisión ni la abstención, sino justamente la de colaboración a un desarrollo.

De inmediato un último comentario que le quisiera decir al profesor. Cuando usted habla de la naturaleza, de ser efectivo como usted lo plantea, yo estaría de acuerdo. Querría decir entonces que estos principios dimanen de una cuestión objetiva. Es decir, tienen un fundamento que se basa en algo que está más allá de nuestra propia evolutividad.

Eso es.

... *Aplausos*

PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B.: Agradecemos al profesor Álvaro Tejos sus comentarios a la exposición central en relación a los alcances del principio de subsidiariedad y de referencia dogmática jurisprudencial.

En segundo lugar, vamos a dejar con ustedes al profesor William García, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado de nuestra Universidad. Cursó estudios de postgrado en la Universidad de Chile, donde obtuvo el grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Público, y luego en la Universidad de Nueva York un Máster of Law, especializándose en Derecho Administrativo, Derecho Constitucional y Libre Competencia y Recursos Naturales.

Actualmente es jefe de la División Jurídica Legislativa del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Profesor invitado del Departamento, donde dicta un curso sobre la especialidad. También se ha desempeñado como investigador en el Centro de Regulación y Competencia de nuestra Facultad. Fue Abogado asistente del Tribunal Constitucional y es autor también de diversos artículos y publicaciones.

PROFESOR WILLIAM GARCÍA M.: Muchas gracias, profesor. Agradezco la asistencia, a los profesores que hemos escuchado y al Departamento de Derecho Público.

Me voy a referir fundamentalmente a comentar la exposición del profesor Mohor y del profesor Tejos. Mi comentario lo haré desde un punto de vista crítico para, al menos, dejar a la audiencia con la duda de la utilidad de hablar del principio de subsidiariedad.



La idea que voy a tratar de sugerir, sin pretensión de que sea una tesis definitiva, es que en un contexto constitucional, el principio de subsidiariedad, tal como se le ha entendido en Chile, no cumple una finalidad o una utilidad que sea distinta de otros principios constitucionales verdaderamente arraigados.

En primer lugar, acerca del concepto de subsidiariedad, es necesario hacer una aclaración. Lo que hemos escuchado hasta ahora enfrenta el principio de subsidiariedad en su concepción más amplia, exclusivamente en su vertiente funcional. El principio de subsidiariedad, tradicionalmente, se aborda en el Derecho Constitucional desde otro punto de vista, que es el punto de vista territorial, es decir, como un fundamento del ejercicio descentralizado del poder. Así, por ejemplo, tiene una función en particular en Gobiernos que reconocen autonomías territoriales, como serían organizaciones federales o la propia Unión Europea, donde efectivamente cumple un principio.

Para esto, puede verse un libro traducido al español del profesor Franck Moderne, que hace un contrapunto entre ambos principios, y a pesar de ser un autor bastante liberal en sus ideas, es contrario a la recepción en el Derecho Francés del principio de subsidiariedad en su vertiente funcional, que es la que hemos escuchado acá.

En su vertiente funcional, el principio de subsidiariedad es problemático. Debiéramos entenderlo como algo problemático. Primero, porque tiene algo de raro darle valor constitucional a una idea que reconocidamente tiene un origen en una religión, en concreto en una doctrina religiosa y en autoridades religiosas concretas. Eso, digamos, espero que resulte más o menos obvio. No es lo mismo decir que por esa razón debe rechazarse, sino que debiera llamarnos la atención y cuestionarnos que no es necesariamente obvio.

En segundo lugar, el profesor Mohor correctamente identifica el hecho de que el principio de subsidiariedad –yo lo llamaría la “teoría del” principio de subsidiariedad– no tiene un reconocimiento textual. Desde luego, es propio de los principios, como enunciados normativos, que no están aprobados de acuerdo con medios formales de creación de normas. Es parte de la definición.

Sin embargo, una cuestión distinta es aceptar el principio en circunstancias de que otras fuentes de interpretación, que podrían ser, por ejemplo, la Comisión de Estudios de la Constitución vigente, cuando enfrentaron la pregunta acerca de si positivizaban el principio, rechazaron esa hipótesis. No estoy tampoco diciendo que sea una forma de interpretación a toda prueba, pero debiera ser un factor a la hora de interpretarlo. Me refiero a que efectivamente uno de los comisionados lo propuso –Jaime Guzmán– y otros comisionados, entre ellos el mismo Ortúzar, llamaron a rechazarlo y no se incorporó en el texto.

Entonces, después a través de la interpretación se busca encontrarlo en el texto de la Constitución. En efecto, de todas maneras, aunque se acepta que no está explícito, el mismo profesor Mohor hace el intento de buscarlo implícitamente en la Constitución. Podríamos mencionar entre los autores que hacen el mismo ejercicio en la dimensión más económica de la subsidiariedad, al profesor de la Universidad Católica Arturo Fermandois.

En tercer lugar, supongamos que ese ejercicio es exitoso. Si el principio de subsidiariedad es un enunciado normativo distinto de una regla ¿cuál es la utilidad que tiene como principio? Se dice que el principio de subsidiariedad tiene una dimensión negativa y tiene una dimensión positiva. Luego, se nos dice que debemos preferir su dimensión positiva. No me queda suficientemente claro por qué debiéramos preferir su dimensión positiva. La verdad pareciera que su dimensión



negativa es contradictoria con su dimensión positiva. Si un mismo enunciado normativo tiene dos dimensiones, ambas contradictorias ¿cuál es la utilidad del principio?

Si el principio de subsidiariedad tiene en su dimensión positiva, que es la que han preferido quienes hicieron uso de la palabra antes, pareciera que en realidad no se comporta como un principio, porque no se señala cómo este principio, al enfrentarse con otros, que es la tarea de los principios, puede en algunos casos ceder y en otros casos triunfar. Entonces los defensores debieran responder ¿cómo se comporta enfrentado con otros principios y cuáles principios se enfrentaría?

En cuarto lugar, el profesor Mohor termina su exposición con algunas preguntas. Él se pregunta si las críticas de aquellos que cuestionan el principio de subsidiariedad, están en realidad dirigidas al concepto mismo o alguna concepción concreta. No me queda suficientemente claro cuáles son los enemigos del principio que el profesor Mohor busca atacar.

Sin duda, hay que reconocer que a pesar de que del principio de subsidiariedad sugieran algunas preguntas que he ofrecido, es sorprendente su uniformidad en aquel sector de la doctrina que le da acogida. Ahora, esta uniformidad que tiene la doctrina, me atrevería a decir que no tiene un equivalente en su aplicación jurisprudencial. Voy a ver, en seguida, de qué estoy hablando, porque el profesor Tejos busca determinados fallos que nos sirven para ilustrar el tema.

En quinto lugar, el profesor Mohor termina señalando la alternativa de suprimir el principio de subsidiariedad es “estatizarlo todo”. Eso me pareció que el profesor planteaba.

La respuesta a esto me parece central y aquí quiero proponer una modesta idea. Por una parte, comparto la idea sostenida por ambos profesores recién, que una de las funciones que nos gustaría es que el Derecho Constitucional cumpliera el principio de subsidiariedad, es buscar el equilibrio entre autoridad y libertad, un problema central del Derecho Constitucional. Es parte de una de las definiciones más clásicas del Derecho Constitucional, que es la que cita el profesor Mohor, de Hauriou

Por otra parte, sin embargo, es sorprendente y debiera llamarnos la atención que en el resto del mundo se hayan resuelto las preguntas que el Derecho Constitucional plantea sin apelar ni utilizar este principio. Yo diría que eso se debe a que, en realidad, queremos buscar en el principio de subsidiariedad cuestiones que son mucho más sencillas de resolver a través de un sistema de Derecho Constitucional creado sobre una regla general de libertad, con poderes expresos que requieren de textos, es decir, de decisiones políticas formales y legítimas.

¿Por qué no lograr esa finalidad de equilibrio constitucional a través del principio de subsidiariedad? A mi juicio, porque cuando hablamos de la subsidiariedad estamos diciendo demasiado. Tal como dijo el profesor Tejos, la idea de subsidiariedad es juridificar la política. El problema es que en la doctrina chilena aquellos aspectos que la subsidiariedad busca juridificar son aspectos que quizás no debiéramos juridificar, como el orden social y económico contingente, y están mejor dejados a la decisión política bajo un esquema de Derecho Constitucional más simple, como acabo de decir, libertades generales versus poderes expresos.

En sexto lugar, frente a la apelación que se hace del “pedigree” que tendría el principio en los filósofos griegos clásicos, no hay que olvidar que no nos es suficiente una definición de Constitución en sentido meramente descriptivo: “existe Constitución donde existe una norma que sostiene un Estado”.



La idea de Constitución es necesariamente normativa, porque tiene su origen en un momento histórico determinado y relativamente reciente. Es una concepción liberal, que arranca al menos desde la Revolución Francesa. Dificilmente podríamos negar la afirmación que el país que no tiene reconocimiento de derechos, no tiene una declaración de derechos, no tiene una Constitución, que es el Artículo Primero de la Declaración de Derechos del Hombre de 1789.

En séptimo lugar, tampoco considero que el principio de subsidiariedad cumpla una función útil en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Si analizamos las sentencias que menciona el profesor Tejos, me atrevería a decir que el principio de subsidiariedad fue mencionado en esas sentencias “a mayor abundamiento”. No cumple una función en la decisión del caso, que es la manera en que las afirmaciones de un tribunal forman precedente.

En la Sentencia 352, que es el caso “Manuel de Salas”, es decir cuando se transfiere por ley la administración del liceo a esta Universidad, de hecho el Tribunal Constitucional define la subsidiariedad y descarta que la subsidiariedad se aplique en relaciones entre órganos del Estado. Es decir, habla del principio, pero descarta aplicarlo.

En la Sentencia 1295, que es el caso “Bomberos”, donde se impugnaron las cargas que las compañías de seguro deben soportar a favor de los voluntarios, de su lectura surge que el principio no cumplió ahí una función determinante a la hora de resolver el caso, porque se trataba de un caso esencialmente de derecho de libertad de asociación, y la subsidiariedad se menciona al pasar como un elemento de ella.

En la Sentencia 184, que es bien antigua, efectivamente ahí sí cumple un rol el principio de subsidiariedad, un rol dogmático. Sirve para resolver el caso. Se cuestionaba ahí la legitimidad que se nombrase un administrador provisional o interventor público en determinadas entidades, que por las razones que señalaba la ley, eran incapaces de seguir administrándose.

Sin embargo, ese fallo en concreto fue expresamente dejado sin efecto el año pasado en la sentencia 2732 que revisó la constitucionalidad de la Ley N° 20.800 sobre administrador provisional de instituciones de educación superior. Es uno de los pocos casos – deben ser tres hasta ahora – en que el Tribunal Constitucional expresamente ha dicho: “Yo fallé esto alguna vez, y ahora expresamente digo que eso ya no vale como Derecho”. Me parece un antecedente fuerte en contra del principio de subsidiariedad.

Entonces, a modo de conclusión, la idea de mi comentario es sugerir que podríamos lograr finalidades constitucionales transversalmente válidas, que son muy clásicas: proteger la libertad de las personas frente a la arbitrariedad pública, de manera más simple que recurrir al artilugio de la teoría de la subsidiariedad.

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B.: Muchas gracias, profesor García.

El profesor García ha efectuado entonces un análisis de contrapunto en esta materia, que ha sido muy útil e interesante, en una mirada acerca de la eventual inutilidad del principio y su aplicación en las sentencias del Tribunal Constitucional.



Tenemos entonces las posiciones. Una mirada de la subsidiaridad basada en su aplicación, la necesidad de su consagración o implícita, porque como decía el profesor Mohor no está expresamente reconocida en la Constitución. Su reconocimiento es doctrinario, jurisprudencial, que remonta sus antecedentes a encíclicas papales –se ha mencionado a *Rerum Novarum*– aunque hay doctrinas que incluso algunos las remontan al propio Aristóteles, junto con aquellos que también las vinculan a materias administrativas, como que aquí se señalaba que es otro elemento importante –lo conversábamos con el profesor Mohor– en la Unión Europea, y que está bastante desarrollado, versus la perspectiva de la inconveniencia o las circunstancias de que no agrega nada adicional a las circunstancias o consagración. Habida cuenta sobre la base de las libertades fundamentales, de los derechos fundamentales, yo podría resolver este punto, siempre se ha discutido el alcance de los principios, si los principios resuelven, porque son precisamente enunciados de carácter genérico; los derechos fundamentales tienen un alcance, las libertades fundamentales. Tuvimos un seminario precisamente acerca de la dignidad de la persona, y el profesor español analizaba ese alcance.

Entonces, están dados los elementos de juicio, y es importante que demos paso ahora a las preguntas de los asistentes. La idea es que después reunamos las preguntas y vamos respondiendo.

Profesor José Ignacio Vásquez.

Primera pregunta

PROFESOR JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ: La pregunta en realidad es genérica, a todos. Pero el que quiera asumirla, que la asuma. Primero que nada, una observación y a la vez un cuestionamiento. ¿No creen los participantes de este foro que el principio de subsidiariedad, de alguna manera ha sido tergiversado y tensionado por posiciones ideológicas divergentes?

El profesor Mohor planteaba lo de un liberalismo individualista. Desde ese punto de vista me parece que el principio de subsidiariedad ha sido tomado por algunos como un principio de orden económico, y en consecuencia subsumido y confundido con un principio de libertad estrictamente económica.

Por otro lado, tenemos una visión que podría ser la visión que plantea el principio de subsidiariedad como una vuelta de tuerca del modelo. En consecuencia, debiera desaparecer. Estaría tensionado por una visión que pretende mirar el principio de subsidiariedad desde una perspectiva meramente economicista, versus una redacción que pretende eliminarlo por ser contrario a un modelo determinado.

Me parece que se ha planteado una perspectiva de visiones contrapuestas, sin abordar en forma certera lo que es el principio de subsidiariedad en sí.

Creo que el principio de subsidiariedad tiene sus raíces más allá de la Doctrina Social de la Iglesia, tiene sus raíces en Aristóteles en la idea de la vida en sociedad y de la necesidad de vivir en sociedad para poder de alguna manera sobrevivir. En consecuencia, es un tema de sobrevivencia la necesidad de asociarse, la necesidad de vivir en común. Ahí está planteado de alguna manera el principio de subsidiariedad.

Pero ¿por qué no mirarlo como un principio del orden social, más que como un principio del orden económico tensionado por visiones económicas o políticas contrapuestas y de esa manera salvar realmente lo que es el principio de



subsidiariedad? Si lo fundimos en una perspectiva meramente economicista lo estamos tergiversando, distorsionando y desvirtuando.

Entonces, ¿por qué no salvar el principio de subsidiariedad precisamente de una perspectiva de la visión social y política, ciertamente?

El profesor García hacía mención y criticaba, de alguna manera, la visión religiosa que se puede dar y del origen religioso que se le ha dado. Sin embargo, él mismo planteaba que el principio de subsidiariedad tiene que ver más bien con un tema de descentralización, como ha sido planteado en Europa, y esa visión proviene precisamente de un autor calvinista como es Johannes Althusius, que no hay que olvidarse que es el padre del federalismo.

En consecuencia, vuelta nuevamente a mi pregunta genérica. ¿No es conveniente, en consecuencia, mantener y revalorar o revalorizar el principio de subsidiariedad como un principio del orden social, como una necesidad, incluso como un fundamento del Estado social de derecho, del Estado que viene a ayudar a las personas y además como una forma de fortalecer el principio de libertad de asociación, más que de libertad económica?

Segunda pregunta

DANIEL CAVADA: Quisiera preguntar a los tres profesores lo siguiente.

Considero que en la discusión se ha centrado tomado en cuenta el Estado y el individuo, y preferentemente se lleva al lado del individuo, a la protección de sus derechos, de su dignidad y de su desarrollo, por el lado tanto político como económico.

Hoy día los países desarrollados están transitando hacia la sociedad del conocimiento, donde cada país tiene una visión en torno a cómo desarrollarse de aquí a lo menos hasta 50 años. En Chile, hay una Comisión del Futuro del Senado, que está intentando dar una mirada acerca de cómo llevar a Chile a esa sociedad del conocimiento de aquí al año 2030, así a muy corto plazo. Esto en medio de un mundo que es cada vez más dinámico, cambiante, con problemas multidimensionales, como el cambio climático, los desastres naturales, el crimen transnacional organizado, etcétera. Entonces, lo que postulaba la Comisión de Futuro del Senado, es que se necesitaría un Estado con visión estratégica, con visión a largo plazo, y eso sería un nuevo rol para el Estado en Chile en el Siglo XXI.

Por lo tanto, llevando la discusión desde el individuo hacia el lado del Estado, ¿quedaría chico el principio de subsidiariedad frente a estos desafíos que formulo en esta pregunta?

Tercera pregunta

PROFESOR CRISTIÁN ROMÁN: Mi pregunta es bastante simple y dice relación con un tema noticioso de hoy día, a propósito de la farmacia popular en la Municipalidad de Recoleta, que por lo que se señala en los medios de prensa, permitiría el acceso a muy bajo costo –prácticamente a precio de costo– de medicamentos en la Municipalidad, y algunas otras municipalidades han dicho que seguirían el mismo proyecto.

Mi pregunta es ¿cómo concilia –si es que se concilia– dicha iniciativa municipal con el principio de subsidiariedad o con la forma con arreglo al cual entienden el concepto del principio de subsidiariedad?



PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B.: Profesor Mohor, sus reflexiones sobre las tres preguntas.

PROFESOR SALVADOR MOHORA A.: Mi reflexión es la siguiente. Yo pienso que tras el principio de subsidiariedad observamos un problema de gran importancia. En el fondo, el principio de subsidiariedad tiende a marcar la distribución de competencias entre el Estado y los particulares. Ésa es la finalidad: cómo distribuir con las competencias.

Siguiendo la lógica de las encíclicas papales y también de la doctrina ordoliberal, el Estado debería limitarse a orientar, a dirigir, a controlar, a sancionar, dejando entonces entregada a la voluntad de los particulares aquellas actividades de carácter relacional que pueden observarse en los diversos ámbitos del quehacer nacional, incluida la salud, la seguridad social, no solamente la economía.

Entonces, de esta manera el principio de subsidiariedad arregla el problema de la distribución. El problema está en que si el Estado se limita a orientar, dirigir, controlar, sancionar, se dice, bueno, entonces dejemos entregadas todo a las leyes del mercado.

A propósito de la pregunta del profesor José Ignacio Vásquez, el ordoliberalismo es una variante del neoliberalismo que nos presenta una visión muy interesante, porque el ordoliberalismo sostiene que el mercado debe ser regulado. ¡Debe ser regulado! Entonces, el Estado, en el marco de su actividad subsidiaria, procede a regular el funcionamiento del mercado para evitar monopolios y oligopolios.

Eso, obviamente, representa una innovación, a mi juicio, porque el Estado no se desentiende de la situación en que permanecen las clases desposeídas de la sociedad, sino que va en su ayuda alterando las leyes del mercado y concurriendo a satisfacer las necesidades de las personas más necesitadas.

Por tanto, la distribución de competencias depende también de la ideología que se encuentre instalada en el poder. De acuerdo con una ideología liberal individualista, por supuesto que debería exaltarse la dimensión negativa del principio. De acuerdo con una ideología socialdemócrata, por ejemplo, podría perfectamente exaltarse la dimensión positiva del principio. O sea, todo depende del color político de las fuerzas que se encuentren en el poder. Pero en el fondo se trata de facilitar la distribución de las competencias, y en ese sentido esta distribución, aún en el marco del principio de subsidiariedad, depende del color político de la fuerza que se instale, porque no es posible establecerlo con una precisión científica o absoluta. Eso podría decir, profesor.

PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B.: ¿Sobre la pregunta respecto del alcance de la subsidiariedad y el tema de las farmacias?

PROFESOR SALVADOR MOHORA A.: En relación con eso, no me hago problemas. Cuando se observan deficiencias, ineficiencias o insuficiencias, incluso en lo relativo a la provisión de medicamentos a la que se refiere el profesor Román, si hay algo que está afectando y que implica abuso en el ejercicio de un derecho, bueno, se ha configurado un terreno en que el Estado tiene que intervenir. ¡Si de acuerdo con el principio de subsidiariedad, el Estado no permanece inactivo! Tiene que asumir su responsabilidad interviniendo para suplir, complementar o rectificar ineficiencias, y eso no solamente en el terreno de los medicamentos, sino que en cualquier otro terreno. Así que, desde ese punto de vista, yo no me hago mayor problema.



PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B.: Profesor Tejos.

PROFESOR ÁLVARO TEJOS C.: Tres cuestiones concretas y tres respuestas bien sintéticas.

Primero, creo firmemente que el principio ha sido tergiversado y lo planteé en mi exposición. Éste es un principio de filiación en el paradigma clásico la idea de la politicidad del hombre, en cuyo caso, como acto primero produce influjos en lo material, lo material que es lo económico supone la necesidad de actualizar la potencia, de desarrollar integralmente a la persona.

Si uno lo ve normativamente, puede repasar el inciso pertinente sobre la idea de bien común. Establecido desde el punto de vista filosófico que el bien común es justamente la perfección del hombre en sociedad. Además la Constitución, normativamente hablando, indica que se deben reunir, combinar y armonizar un conjunto de realidades que son materiales y no materiales. Por lo tanto, ahí se expresa holísticamente la integridad del ser. Aquí, como en el caso mío, piense en la idea de la trascendencia.

La tergiversación me imagino que proviene de un afán interesado en sobrevalorar la idea de la libertad económica, el derecho de propiedad, que han demostrado ser muy eficientes dentro del régimen de propiedad o capitalista para hacer productividad, pero eso no quiere decir que no tengan un principio de subordinación ético y etimológico, sino, no habría razón para la función social de la propiedad, o que la Ley Orgánica Constitucional de Estado de Excepción, por ejemplo, permita el requisamiento. O sea, la idea utilitaria de una propiedad absoluta o de una suerte de institucionalización del egoísmo, no existe.

Aprovecho esto para sostener un contrapunto con el profesor García. El que tenga una premisa de enunciación religiosa no le resta mérito, porque usted acaba de decir también que la Constitución se asocia a la Revolución Francesa, y su filiación revolucionaria liberal, o sea el Derecho Constitucional en la modernidad se asocia al pensamiento liberal, y es una expresión –voy a decirlo bien claro– del Estado de la burguesía. La Constitución es un instrumento normativo. El Derecho es un instrumento de apoyo a la burguesía en contra de las prebendas del antiguo régimen. Ésa es la verdad. Por eso se necesita el principio del constitucionalismo. Yo no defiendo los principios del estado burgués; yo defiendo los intereses de la sociedad política, y creo firmemente que eso no resta mérito.

Además, la Constitución, si fuera cierto que es un pacto, es una expresión ciudadana de lenguaje simple. Usted lee la Constitución chilena –quien la lea y como la lea– va a ver simultáneamente instalados a Aristóteles, Santo Tomás, John Locke y Stuart Mill.

Y si uno lee las actas de la Comisión Constituyente, se da cuenta de que los profesores no todos sabían filosofía ni teoría política, aunque conocían mucho la normatividad, uno percibe que no son capaces de normalización. Pero el Artículo Primero en su primer inciso tiene un aire clásico lockiano. El inciso a continuación habla más bien de un concepto tomista escolástico clásico. Si uno va al 19, 21, se encuentra con una suerte de John Locke.

Entonces, la verdad es que si es verdad es un pacto, es expresión también de una confusión en ese sentido terminológico.

Ahora, no veo ningún problema para el tema de la sociedad de la información. Todo lo contrario. Si tú entiendes que, como dije, la sociedad, el Estado subsidiario reconoce un principio de autonomía y limitación – no una limitación al



Gobierno sino una delimitación de lo que puede hacer y no puede hacer y lo que puede permitir que otros hagan—claramente estamos frente a una sociedad que admite la pluralidad, que no es lo mismo que el pluralismo.

En todo caso, para dejarlo claro: pueden existir varios, pero armónicamente en función del mismo ethos, y lo que no se puede desatender es que esto está originariamente fundado en la nación. Entonces, uno no puede cambiar el núcleo esencial, porque eso sería mentir.

Ahora, yendo más allá, en el tema de las relaciones internacionales, existe lo que se llama la gobernanza global. O sea, más allá del principio de la soberanía estatal, —pese a mucho que se diga— creo que por morigerado y atacado que está, todavía se mantiene, la sociedad civil dicho en términos vagos, se incorpora en las relaciones internacionales, toma partido y promueve e incita y dinamiza formas de relación y de vinculación o de realización que están más allá de las propias capacidades gubernativas, porque también es cierto que los Estados tienen un nivel de agenda pública.

Nosotros somos un estado subdesarrollado, en términos concretos, aunque estemos en la OCDE. Entonces, la gobernanza global se preocupa de esos temas. Claro, el problema está en contrapartida que se pierde el tema de la filiación y la identidad, pero es otro tema muy interesante.

Así que creo que no hay oposición. Todo lo contrario, hay un estímulo.

En cuanto a las farmacias, la verdad es que al principio no le veo razón dogmática para decir que no. Lo que pasa es que ahí entra el Estado servicial. El Gobierno, el Estado municipal y el Estado servicio de salud, que tiene que precaver el principio de la salud pública y la protección, que también es un mandato constitucional.

Lo que pasa que aquí se tiene miedo al tema prestacional, porque yo entiendo que el asunto de los derechos sociales supone un costo y una inversión ingente, pero eso es una cuestión de política pública. Ahora, las políticas públicas no están para encararse en una Constitución y estoy de acuerdo con eso justamente porque la ideología del momento es la que determina y también dinamiza la interpretación.

Cuando hago alusión al Tribunal Constitucional, es en aquello en lo que me parece correcto a lo que hizo. Si después se dijo o hizo otra cosa, claramente no estaría de acuerdo. En ese sentido, por supuesto, creo que no habría mayor problema.

La utilidad está ahí. La norma se dinamiza y la hermenéutica, como dice Paul Ricoeur, no puede desatenderse del texto. Pero el texto tiene intérpretes. Ésa es la verdad. Los intérpretes tienen que ver la filiación y el núcleo esencial del sistema.

PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B.: Muchas gracias, profesor.

Profesor García.

PROFESOR WILLIAM GARCÍA M.: Voy a contestar directamente las preguntas.

Si se ha tergiversado el sentido del principio de subsidiaridad, en un sentido bien básico habría que decir que sí, es decir, que hay tantas versiones de lo que significa subsidiaridad. Hay buenos trabajos del profesor Ruiz-Tagle y del profesor Vieira de la Universidad de Valparaíso, que estudiando los textos de toda la naturaleza, pero los religiosos, que es desde donde se ha escrito sobre esto y también los constitucionalistas chilenos, encuentran tantas definiciones de



subsidiariedad, que se transforman en un concepto sumamente dúctil, y por lo tanto de difícil aplicación dogmática.

Ahora, desde un punto de vista interno del principio de subsidiariedad, claramente es una tergiversación centrarnos en la dimensión económica, porque conceptualmente el principio de subsidiariedad admite una dimensión mayor, que es la social, en la cual la económica no es sino una parte. También convenimos que la dimensión funcional es una cara de la moneda de sus otras dimensiones, la territorial, por ejemplo.

Luego, si vale la pena revitalizar el principio de subsidiariedad, entre otras cosas, para morir con las botas puestas, diría que no. Se gana mucho más defendiendo simplemente la libertad de asociación pura y simple. O bien si en Chile se ha entendido que si existe una cláusula de derecho social, ésta sería la misma cláusula que otros identifican como el principio de subsidiariedad y por lo tanto serían una sola y misma cosa. ¿Por qué simplemente no admitir la existencia del estado social como un principio o como una regla más o menos explícita?

Encuentro un poco difícil contestar la pregunta sobre la dimensión de futuro. Creo que el mayor futuro que puede tener la teoría de la subsidiariedad es dar paso a un Derecho Constitucional más clásico. Desde luego, me centro en el punto de partida, que es el Derecho Constitucional burgués, que fue su origen, que no quiere decir que sea el Derecho Constitucional que fue vigente en Chile durante el Siglo XX ni el que tenemos vigente ahora.

Sobre la pregunta de la farmacia popular, me parece particularmente sugerente, porque la discusión se empobrece mucho si entregamos al Derecho Constitucional la decisión sobre si el Estado o un órgano del Estado debe tener o no tener una farmacia. Creo que ésa es una decisión política, como han dicho los profesores, a la cual subyace una opción ideológica, que va a nutrir normas o decisiones normativas o decisiones que se traducen en normas.

Por lo tanto, lo que a mí más me llamó la atención de la farmacia popular –el profesor Román lo comprenderá como administrativista, igual que yo, espero– es si la pregunta es más por el principio de legalidad. Es decir, si existen las habilitaciones previas para que una decisión política de esa naturaleza pueda tomarse o no. En principio, ignorando todos los detalles, no sé si está ahí la habilitación.

Extrapolando del caso concreto de la farmacia popular y lo pintorescos que puedan ser los casos sobre estado empresario, no se resuelven tanto por principio de subsidiariedad, sino que en realidad se terminan resolviendo por principio de legalidad, lo que es un problema de Derecho Constitucional más clásico, más simple, más fácil de abordar. Y yo creo que si leemos nuestros casos del Estado empresario así, se va a entender mucho mejor que visto como un problema de subsidiariedad.

Cuarta pregunta

ASISTENTE: ¿Consideran compatible la noción de Estado subsidiario con la inminente consagración de derechos sociales en el proceso constituyente que está iniciado, con el motivo de esta charla? ¿Ven futuro al Estado subsidiario en la nueva Constitución que se va a originar, dado que en materias como salud, educación, previsión, parece inminente la consagración de derechos sociales, y considerando que el concepto de derechos sociales implica un rol activo del Estado en promoverlos, e incluso una eventual justiciabilidad, como ocurrió en la Corte Constitucional Colombiana?



Quinta pregunta

ASISTENTE: Tengo una duda, porque aquí se habló que el concepto de subsidiaridad no está explícito en la Constitución, pero está implícito.

Con respecto a las farmacias, evidentemente se estaría faltando a ese principio, porque es el Estado el que está emprendiendo, y para eso requeriría quórum que tiene que darlos el Congreso. Entonces, indudablemente que es un tema preocupante.

A diferencia del profesor, diría que ojalá nos preocupemos de eso. No que nos despreocupemos. El caso de la farmacia es un tema emblemático. A mí me tocó hacer estudios acerca de las farmacias y tienen utilidades del 5000%, lo que ninguna empresa tiene ese tipo de utilidades escandalosas.

El Estado prácticamente está de manos atadas y no puede hacer nada, como por ejemplo generar algún tipo de empresa o algún tipo de laboratorio que permita que los medicamentos efectivamente tengan un precio adecuado y que no tengan una ganancia tan exorbitante, como hoy ocurre, que implica, a su vez, que 40% o más de las personas que requieren medicamentos no los pueden comprar y quedan fuera de la posibilidad de recurrir a ellos.

Sexta pregunta

Mi pregunta es para el profesor Mohor y para el profesor Tejos, porque creo entender que hay una tergiversación del principio de subsidiaridad si el Estado cumpliera sus funciones orientadoras en algunos casos o rectificadoras e interviniera en áreas de la economía, teniendo en cuenta que este es un país de oligopolios y en algunos casos de monopolios –creo que en la energía estamos casi con un monopolio– y en distintos aspectos como la salud o la educación en que el mercado está muy distorsionado.

Por ejemplo, en este país hay cien mil titulados de unas carreras que no sirven para nada, que no tienen futuro y solamente se sostienen desde el punto de vista del lucro. O sea, como es una unidad de negocios la educación, algunos establecimientos promueven algunas carreras, sabiendo que no van a tener ningún futuro. Si el Estado interviniera y se rectificaba vía reforma a la Constitución o por cualquier vía ¿se perdería el principio de subsidiaridad, se anularía? Ahí va orientada mi pregunta.

PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B. Profesor Mohor.

PROFESOR SALVADOR MOHOR A.: Yo estimo sinceramente que todas las preguntas que se han hecho están respondidas ya con mi intervención. Lo digo, modestia aparte, porque se acaba de conceptualizar el principio, diciendo que el Estado debe intervenir para suplir, contemplar o rectificar deficiencias o ineficiencias o insuficiencias que observe en el funcionamiento de la libertad y la autonomía de los cuerpos intermedios. Si por ejemplo detecta que los remedios están muy caros y no llegan a las personas, obviamente que su deber, en el marco del principio de subsidiaridad, es intervenir en auxilio de los sectores más desposeídos. Así que a mí no me produce ninguna preocupación. ¡Debe hacerlo! Es su deber ir en auxilio de las personas que están en una situación precaria desde el punto de vista de la salud y que no pueden con sus recursos propios satisfacer sus necesidades de salud.



Ahora, en cuanto a la compatibilidad del principio de la subsidiariedad y los derechos sociales, es plenamente compatible, y hay un fallo del Tribunal Constitucional que lo ratifica, porque cuando el Estado reconoce y ampara los derechos sociales, es una forma de ir en auxilio de los sectores más desposeídos de la sociedad o de las personas que carecen de recursos para cubrir por sí mismos sus necesidades. Ahí hay una plena y perfecta aplicación del principio de subsidiariedad.

Reitero: todo está dicho en la intervención. Además, ahora cuando se habla de que se está tergiversando el principio de subsidiariedad, para tergiversar primero hay que tener claro lo que se está tergiversando, qué es lo tergiversado. Si uno no tiene un concepto de qué es lo tergiversado, tú no puedes hablar de tergiversación. Para tergiversar, uno tiene que tener un concepto de lo tergiversado, y entender que lo tergiversado es lo verdadero.

Entonces, ¿qué es lo verdadero? La definición que yo les di del principio de subsidiariedad, pues. Eso es.

Muchas gracias.

PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B.: Profesor Tejos.

PROFESOR ÁLVARO TEJOS C.: Encuentro difícil responder la primera pregunta. El tema de los derechos sociales involucra una suerte de normativización de la política pública, porque tú estás proponiendo una idea de una aspiración de desarrollo que depende mucho de la capacidad de la Hacienda Pública.

Para mi gusto no veo por qué la consagración de un derecho social tendría que oponerse al principio de subsidiariedad, porque justamente la subsidiariedad lo que permite es que el ente de relación, la agrupación intermedia tenga autonomía y eso no se vería afectado por lo otro.

Ahora, de que la norma es implícita, es cierto. Yo creo que no es tan implícita según la lectura y el concepto que yo manejo del asunto. Eso no significa nada. El lenguaje constitucional trabaja sobre ciertas vaguedades y la verdad es que le corresponde al intérprete.

Esto siempre se lo digo a los alumnos: lo que no está escrito no es que no exista, y puede fluir directamente no tan solo por la interpretación analógica en otro sentido, sino que las palabras colaboran. Si usted, por ejemplo, en términos de Derecho Comparado va a la Constitución francesa, no tiene declaración de derechos. El Artículo Primero parte hablando que es una República social, laica, y hasta ahí llega. Usted no tiene declaración de derechos.

En la Constitución americana no hay una enunciación positiva, bajo la forma del lenguaje sajón es todo en términos negativos. Y la Novena Enmienda dice que lo que no está regulado no es que no exista, es patrimonio del pueblo. Y la Décima Enmienda dice que lo que no está en el Gobierno Federal, no es que no exista, está reservado al Estado de la federación. Si usted va al Artículo Quinto, inciso segundo, habla de la naturaleza y derechos esenciales que emanan de la naturaleza, y de ahí fluye, obviamente, ese concepto de la naturaleza y una serie de otros aspectos.

Ahora, acerca del tema de la farmacia y la intervención, claramente es un tema de habilitación legal. Cuando uno dicta una ley tiene que buscar una sincronía. La cuestión concreta es si esa habilitación pugna con el núcleo esencial del sistema. Eso es lo que hay que resolver.



Ahora, que hay abusos, sí, estoy de acuerdo. Fíjese que el inciso final del Artículo Primero dice que es deber del Estado promover la integración armónica de todos los sectores de la nación y asegurar el derecho a las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. O sea, hay un ímpetu normativo que dice que el Estado tiene que preocuparse de ciertas cosas. Lo que pasa es que uno entra a la concreción en la política pública, y el acto administrativo es la puerta de entrada. Entonces, es la administración y el Gobierno, ése es el problema.

ASISTENTE: Entonces la culpa la tendría el poder político de turno.

PROFESOR ÁLVARO TEJOS C.: Siempre. El acto administrativo es la primera expresión de la entidad pública. Él interpreta y dinamiza la intervención. Ése es el problema de la regulación. Es un problema de Derecho Administrativo, no de Derecho Económico, dicho sea de paso.

PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B: Profesor García.

PROFESOR WILLIAM GARCÍA M.: Veamos si logré captar bien las preguntas. Primero, si tiene un futuro el principio de subsidiariedad frente a la consagración de los derechos sociales y su justiciabilidad, yo lo vería desde otro punto de vista. Una de las pruebas de que no existe tal cosa como el principio de subsidiariedad, es que la Constitución vigente establece un sistema de derechos sociales que tienen elementos comunes bien característicos: universalidad, garantía pública, que puede estar en manos públicas o privadas, aparte de financiación gradual. Uno puede ver un esquema común en el derecho a la salud, a la educación y a la seguridad social y elementos que no son únicos, que no son criollos, que no son extraordinarios, sino que son comunes a la consagración constitucional de los derechos sociales.

Si el principio de subsidiariedad está implícito en la cláusula del Estado empresario o la que le pone límites al Estado empresario en la Constitución, creo que eso sería mucho decir, porque esa norma que tiene nuestra Constitución está idéntica en otras constituciones. Entiendo que el Derecho Constitucional es más que la mera comparación de textos, pero la cláusula en el 19, número 21, no tiene nada de distinto ni extraordinario si se la compara con la Constitución española o alemana.

Entonces, creo que sería mucho decir, sí aceptamos que al menos el punto de partida ha de ser un texto.

Luego, si se anularía el principio si el Estado asume la prestación directa de servicios, tal como dije antes, es una demostración que el principio no es tal cosa, no cumple una función constitucional en el sentido de que nos permita decir que algo es constitucional o inconstitucional, porque es independiente.

O sea, el Estado puede asumir y asume y ha asumido, bajo esta Constitución, diversas actividades empresariales, y la única pregunta realmente importante de Derecho Constitucional que se ha planteado es de legalidad. Estoy pensando tal vez en el único caso bien polémico que hubo al respecto el año 2001, el de un paro económico del Metro, que se falló en contra, pero el problema ahí era un problema hartó más dogmático de legalidad, es decir, la habilitación legal que se encontraba en la ley del Metro era suficiente como para cubrir un emprendimiento periodístico. Y el debate fue lo suficientemente serio como para que hubiera un debate académico al respecto. No era una respuesta obvia.

Luego, creo que podemos vivir tranquilamente olvidándonos del principio de subsidiaridad, al menos fuera de este foro.



PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B.: Profesor Vásquez, usted quería precisar algo.

PROFESOR JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ: Sí, quería precisar una cosa del profesor Tejos, que hizo una afirmación respecto de que los derechos sociales requerían de políticas públicas. La pregunta y la precisión que me gustaría saber de él y de su boca es ¿si acaso los derechos individuales no requieren políticas públicas?

PROFESOR ÁLVARO TEJOS C.: Me estas refiriendo a la cuestión concreta del financiamiento y la Hacienda Pública, primera cosa. Si yo garantizo no el acceso a, sino que el derecho concreto de, ahí estamos hablando de lo social ...

PROFESOR JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ: ¿Pero la seguridad individual no tiene costos? ¿No requiere políticas públicas?

PROFESOR ÁLVARO TEJOS C.: No asumí un no rotundo ni una afirmación apodíctica. No sé cómo se configura la naturaleza de un derecho social. Admitiendo que tiene una fundamentación y la puede tener, la cuestión concreta es cómo se realiza. Y su sentido es que justamente hay una prestación a través de la Hacienda Pública de parte del Estado. Eso es básicamente el tema. Por eso dije que no atingía directamente a la subsidiariedad.

Ahora, yo feliz que me paguen la educación de mis niñas, mi salud en la clínica. Si la cuestión concreta es si es realizable y eso no genera un efecto colateral mucho más nocivo en los derechos individuales.

PROFESOR ENRIQUE NAVARRO B.: Bien. Agradecemos la exposición de los profesores Salvador Mohor, Álvaro Tejos y William García.

Han quedado distintas interrogantes en el aire, y ya imaginamos algún recurso de amparo económico, como comentábamos con el profesor García sobre este punto y otros puntos

...Aplausos



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Una gran conversación por

CHILE

Proceso constituyente y
nueva constitución política



CAPÍTULO XV / SESIÓN 22 DE OCTUBRE DE 2015

PARTIDOS POLÍTICOS Y
PARTICIPACIÓN CIUDADANA





PARTIDOS POLÍTICOS Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

■■■

SESIÓN 22 DE OCTUBRE DE 2015

Expositor:

- *Profesor Patricio Zapata L.*

Comentarios:

- *Profesor Fernando Atria L.*
- *Profesor Víctor Manuel Avilés H.*
- *Moderadora: Profesora Ana María García Barzelatto*

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Buenas tardes. Agradecemos su presencia.

En esta oportunidad vamos a tratar un tema de gran actualidad e interés en el Derecho Constitucional y en general para el país. Partidos políticos y participación ciudadana,

Los partidos políticos han sido considerados desde los inicios del constitucionalismo como entes insustituibles en una democracia constitucional, y son un medio para encausar la voluntad ciudadana y para permitir la participación de los ciudadanos.

Pero han surgido también otros sistemas de participación, que son los sistemas de participación directa o semidirecta, entonces cómo conjugar ambos elementos.

Aquí vamos a poder escucharla exposición a cargo del profesor Patricio Zapata y los comentarios de los profesores Fernando Atria y Víctor Manuel Avilés.

El profesor Patricio Zapata Larraín es Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales; es Abogado de la Universidad Católica de Chile; es candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de Chile. Es Máster en Derecho por la Universidad de Harvard y Magíster en Ciencia Política por la Universidad Católica de Chile.

Actualmente, es profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, y también imparte un curso muy interesante denominado “Derechos, deberes y garantías fundamentales”. Es autor de numerosas publicaciones, artículos, capítulos de libros sobre materias de Derecho Constitucional, y autor de un libro bastante conocido en nuestra especialidad titulado “Justicia constitucional” publicado por la Editorial Jurídica de Chile.

Dejo con ustedes al profesor Zapata.



PROFESOR PATRICIO ZAPATA L.: Buenas tardes. Agradezco mucho a la profesora Ana María García, que me invitó hace unos 3 o 4 meses a este Ciclo de Discusiones, y agradezco a los dos profesores que van a comentar.

Al final de la exposición haré un par de reflexiones sobre los cambios que podríamos o debiéramos hacer en la Constitución, en lo que respecta a partidos políticos y participación ciudadana. Pero me parece bueno dar una vuelta no muy larga para explicar desde dónde vienen esas ideas, desde dónde propongo esos cambios. También, nos puede llegar a entender quizás mejor la manera en que la Constitución actual ve a los partidos políticos y trata a la participación política.

El constitucionalismo, –algo dijo la profesora García– nació con una doble condición, una bipolaridad congénita. Por un lado, era revolucionario, porque pretendía sustituir la legitimidad del antiguo régimen por una legitimidad nueva o distinta, ya fuera la nación en Selles o el pueblo en Rousseau.

El constitucionalismo fue desde el principio revolucionario. Al mismo tiempo, tenía una dimensión conservadora, porque lo que se proponía era limitar el ejercicio del poder estatal, era tan de la esencia como la dimensión revolucionaria. La dimensión la estoy llamando conservadora –podría llamarla de otra manera– porque es una dimensión que está más preocupada de poner límites al poder, de dividir el poder, de separar el poder.

Uno podría leer las discusiones entre los wighs británicos, aquellos wighs como Edmund Burke que se espantó cuando vio el curso que tomaba la Revolución Francesa, y compararlas con las aquellos otros whigs británicos, como Thomas Paine, que se sintió absolutamente fascinado cuando vio el curso que tomaba otra Revolución.

Ellos dos estaban con sus posiciones haciendo carne concreta, la tensión interna de un movimiento que para otros efectos, que para otras temáticas, reaccionaba con unidad de miras. Ambos habían mirado con simpatía la Revolución Norteamericana, pero frente a la Revolución Francesa adoptan posiciones radicalmente distintas. Claro, porque en la Revolución Norteamericana la dimensión que podríamos llamar moderada de limitación del poder, la dimensión conservadora, era la que dominaba. En cambio, en el proceso francés, lo que dominaba era la dimensión revolucionaria y rupturista. De hecho, el movimiento wighs se rompió en el Reino Unido.

De hecho, uno podría entender las discusiones entre federalistas y antifederalistas, a propósito de los debates de la Constitución de Filadelfia. Como ustedes saben, una vez que los delegados de los distintos estados de las 13 colonias, ofrecen a sus respectivas colonias su anteproyecto, se les produce un periodo largo de debate de varios meses, y se divide el campo revolucionario, el campo que estaba decididamente por la autonomía, en dos bandos: los federalistas, que saludaron con simpatía ese proyecto, y los antifederalistas. Y uno también podría leer en ese clivaje esa división originaria entre aquellos que estaban por un constitucionalismo más radical, más plebeyo, y los que estaban por un constitucionalismo más preocupado por los límites del poder.

Incluso, uno podría decir que el clivaje a veces se manifiesta en un individuo, no solamente en un bando. Por ejemplo, Madison, amigo de Thomas Jefferson, Jefferson más bien radical, democrático, polemiza con su amigo Thomas Jefferson por carta sobre una serie de asuntos.

Finalmente, uno podría ver el mismo debate en la discusión que se produce en Francia entre girondinos y jacobinos, una vez que la revolución empieza a tomar ritmo acelerado. Hay algunos que se contentan y conforman con las soluciones de la Constitución de 1791, la de 1793. Hay unos quieren tener una monarquía constitucional, equilibrio de poder,



límites a la asamblea, y otros que quieren profundizar la veta de ruptura o democrática.

El constitucionalismo siempre –repito– tuvo esta doble tensión. Digámoslo si al frente y afuera de esta tradición, como oponentes de la tradición, existieron los que finalmente nunca aceptaron el nuevo orden de cosas. Estamos hablando de los tradicionalistas como Joseph de Maistre. Espero se entienda por qué este preámbulo, y que ayude cuando llegue al tema constitucional.

Uno de los exponentes a mi juicio más claros de esto que podríamos llamar la vertiente moderada del constitucionalismo es Benjamin Constant, jurista y político francés. Él empieza a hacer política bajo la restauración absolutista y luego bajo el régimen de Felipe de Orleans. Él hace la distinción tan interesante –que sigue siendo útil 180 años después– entre la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos. Benjamin Constant es el que hace esa distinción. Él contrapone la libertad que para los atenienses era estrictamente la única libertad que tenía sentido, que era la libertad en la comunidad, la libertad para deliberar, para formar voluntad política, y lo que él considera la libertad de los modernos, que es la libertad de no me molesten, no se metan con mi metro cuadrado, déjenme tener mi fe religiosa, déjenme tener mis propios pensamientos, mis propios libros.

De alguna manera, aunque no lo diga explícitamente, uno puede ver en Constant una mayor apreciación o valoración de esa segunda libertad, lo que podríamos decir empieza a marcar la pauta de lo que podríamos llamar este constitucionalismo moderado. Más interesante, más digno de protección es este aspecto del proyecto; el aspecto del proyecto que consiste en el equilibrio, que consiste en los límites y no el aspecto de ruptura, no el aspecto de revolución y de entrega de conocimiento del poder al pueblo.

Aquí tenemos una cuestión que creo que es importante. Cuando Isaiah Berlin trató el tema 100 años después y distinguió entre libertad positiva y libertad negativa, estaba hablando de algo parecido. La libertad positiva es la libertad de poder generar energía política y generar fuerzas sobre la comunidad y actuar en alguna dirección, y libertad negativa es la posibilidad de defender mi espacio.

Los partidos políticos nacieron como un progreso respecto de los bandos religiosos. Para los británicos fue una cuestión positiva que se reemplazaran las luchas entre anglicanos, católicos y no conformistas, por las luchas entre whigs y tories. Para los constitucionalistas norteamericanos, los partidos políticos van a ser siempre como un peligro. Es cosa de leer los textos de Madison sobre los partidos políticos, las facciones que dividen ese país.

Pero a lo largo del Siglo XIX, los partidos políticos empezarán a adquirir definitivamente la condición, la virtud que recordaba la profesora Ana María García. Sería durante el Siglo XIX que llegarían a aparecer como vehículos insustituibles para canalizar la lucha pacífica por el poder, para incluir a nuevos sectores de la población, para evitar que la lucha se diera frontalmente entre bandos religiosos o bandos sociales, sin perjuicio de que surgirían partidos estrictamente obreros, como la socialdemocracia en Alemania o los laboristas en el Reino Unido. Los partidos políticos ofrecían la posibilidad de reunir a distintos grupos sociales o segmentos sociales.

Llego a la Constitución actual y voy tratar de hacer algunas conexiones. Es bastante claro cuál fue el diagnóstico sobre el que se construyó la Constitución actual. Es un diagnóstico en que, entre otras cosas, afirma que una causa importante de la crisis de 1973 está en una cierta hipertrofia de la política, una hipertrofia de la política acompañada de un escaso



o poco reducido desarrollo económico-social de nuestro país. Se habría producido una hiperinflación de desarrollo político y esa hiperinflación no iba acompañada de un desarrollo social económico equivalente, y simplemente el sistema no fue capaz de canalizar esa expresión. Esto iba acompañado de una crítica muy severa a la manera en que los partidos políticos habrían excedido lo que sería su marco natural. Los partidos políticos habrían entrado a politizar otras áreas de la sociedad: los sindicatos, los colegios profesionales, federaciones estudiantiles. Entonces, no puede sorprender que la mirada que resulta de esto es una mirada de tremenda sospecha sobre los partidos políticos.

En la lectura más crítica, uno tendría que decir que lo que se expresa en ese documento es algo más parecido al tradicionalismo; ajeno completamente a lo que es la tradición constitucional; ajena al constitucionalismo. Y en una lectura un poco más benévola alguien podría sostener o defender que más bien se expresaba ese constitucionalismo moderado, que puso definitivamente más énfasis en las libertades negativas, en la libertad de los modernos, y menos énfasis en las libertades de los antiguos. De hecho, los más viejos se acordarán cuando el General Pinochet presentó su proyecto, lo presentó como la Constitución de la libertad.

Tengo claro mi juicio sobre eso, pero que lo que estaba tratando de decir es que hay ciertas libertades que estuvieron descuidadas, despreciadas, sojuzgadas durante los últimos 50 años y que ahora van a estar apreciadas. ¿Cuáles son esas? Las libertades negativas. Pero claramente al costo que esas libertades positivas, las libertades de los antiguos iban a estar en un plano absolutamente secundario o mínimo.

Entonces, llegamos al diagnóstico que se ha hecho sobre la Constitución actual y la forma en que trata a los partidos y a la participación política. Si el diagnóstico fue que nuestros problemas fueron por exceso de política, bueno, había que encajonar la política, había que limitar la política. Una mirada rápida de la Constitución nos prueba la manera en que se intentó reducir al máximo su presencia, su participación. Y respecto de los partidos, como ustedes saben ni siquiera hay una definición en positivo de los partidos políticos, sino que hay una definición en negativo. Los partidos políticos no podrán, no deberán, no harán, sin que se indique para nada cuál sería su función.

A mí me parece que cualquier reflexión sobre cambio constitucional tendría que revisar ese diagnóstico críticamente. Entre otras cosas plantear por ejemplo la siguiente hipótesis: muchas cosas fallaron en el 73. Algunas estaban en nuestras manos, otras no estaban en nuestras manos. Algunas escapaban al control de nuestra elite política y otras sí podían tener que ver con fallas de diseño.

Pero uno podría pensar que más que un exceso de política –más que un exceso de política– lo que hubo fue una falta de política si uno entiende la política, por ejemplo, como la entiende Hannah Arendt, no como lucha por destruir al otro, no como lucha, sino más bien como una cierta capacidad de reconocer en el otro un igual, una cierta confianza en la capacidad de la persuasión, un cierto respeto. O sea, lo que faltó fue política, no sobró política. Faltó política.

Entonces, cuando uno propugna hoy día que necesitamos una Constitución que trate bien a la política y que le devuelva a la política su dignidad, lejos de estar arriesgando un retorno a lo que habría sido la situación crítica de los 70, uno está aprendiendo la lección, porque uno está entendiendo que no hubo un exceso de política, sino que hubo una falta de política. Hubo exceso de muchas otras cosas, pero no de política. Pero claro, eso supone un concepto de política.

A mí me parece que entre las cosas que uno tendría que revisar, y voy a proponer cinco o seis cosas, con este diagnóstico

respecto a que lo que necesitamos es corregir un desequilibrio marcado, que dejó a la política en una posición muy menor, es en primer lugar volver a discutir como comunidad el carácter de deber del sufragio.

Me parece que más allá de las consideraciones prácticas que podemos hacer, la decisión que se tomó hace algunos años, en términos de hacer la inscripción automática como algo más fácil, pero volver voluntario el sufragio, es una decisión que además es reveladora de una cierta manera de entender la política. Una manera, digámoslo así, de consumidor, de “consumerista”. Aquí se trata de ofertas de calidad y se trata de demandas. Si la gente no participa es porque la oferta es mala. No podemos obligar a la gente a participar; lo que tienes que hacer es mejorar la calidad de la oferta. Y si mejora la calidad de la oferta, la gente feliz va ir a participar.

A mí por lo menos me parece que eso es revelador y quizá eso es lo más grave. También son graves algunos de los efectos que produce y el problema que tenemos. Entonces, una de las cosas que habría que derechamente pensar en serio es que en una nueva Constitución el sufragio volviera a ser un deber.

Esto no significa necesariamente que uno esté postulando algún tipo de mecanismo sancionatorio. Creo que no debiéramos dejar que las dificultades prácticas de la ejecutoria nos impidan apostar a lo central: hay muchas maneras de pensar en un sistema que no sea puramente retórico, en que el deber no sea solamente una declaración lírica, sino que tenga algún tipo de presión, pero que no signifique sanciones pecuniarias, por decir algo.

Estoy pensando que si la persona no quiere participar en los procesos electorales, que definitivamente deba realizar un acto positivo. Si para alguien es un problema de conciencia, yo tiendo a pensar que es muy mínima la interferencia en la autonomía o en la libertad que le imponemos a una persona cuando le pedimos que vaya a marcar un sufragio cada tres o cuatro años. Pero estoy dispuesto a pensar que haya alguien para el cual aún esa interferencia mínima de su autonomía, donde está incluso la posibilidad de votar en blanco, sea obligatoria, y a esa persona le dejaría la posibilidad de borrar su nombre de los registros.

Si alguien no participa en dos elecciones consecutivas sin dar una explicación, sin dar una excusa legal, esa persona podría, por ejemplo, quedar excluida de cierto tipo de políticas o posibilidades o accesos estatales. No estoy pensando en excluirla de becas de alimentación o desayunos, sino estoy pensando en acceso a la administración pública u otro tipo de situaciones. Uno podría pensar en un sistema que ligara ese deber con ciertas consecuencias, para no volver a caer en la situación de hipocresía que tuvimos durante 50 años y que amenazábamos con multa a quienes no concurrían a las urnas, pero cada vez que terminaban las elecciones dictábamos una amnistía para esas 682.000 personas que no habían ido a sufragar, y la verdad es que nos autoengañábamos.

1. Sufragio como deber.

2. A mí me parece tremendamente importante que nosotros demos a los partidos políticos un reconocimiento constitucional en positivo.

Yo no estoy seguro que sea indispensable que en el mismo texto de la Constitución nosotros hagamos una serie de afirmación recargadas. Esas cosas bien pueden quedar en la Ley Orgánica. Pero no nos perdamos. Lo que digamos sobre los partidos políticos es lo más constitucional que hay, independientemente en qué fuente formal esté.



Hay pocas cosas más constitucionales que el sistema de partidos. Hay pocas cosas más constitucionales que el sistema electoral. Y van a seguir siendo constitucionales, estén formalmente donde estén. Así que para mí esto es parte de una discusión propiamente constitucional.

A mí me parece que las propuestas que han surgido de la Comisión Engel apuntan en la dirección correcta. Creo que como ciudadanos tenemos que preocuparnos que vayan de la mano, que no se desacoplen. Como ustedes sabrán hay un proyecto que aborda lo que podríamos llamar el aporte fiscal, la política y el dinero, el dinero para la política. Y hay otros proyectos que establece nuevas obligaciones para los partidos políticos, en términos de transparencia, de democracia interna.

A mí me preocuparía, y es como van las cosas, que nosotros terminaríamos promulgando, primero la ley sobre aportes fiscales a la política y un año después, o un año y medio después, la ley sobre obligaciones. O sea, yo creo que es el tipo de cosas que uno debiera esperar que fuera un paquete, más allá que técnica legislativamente se estén tramitando como proyectos distintos. No solo financiamiento para las campañas, aprendiendo de todo lo que hay que aprender luego de la ley del 2011, sino financiamiento regular y ordinario a los partidos políticos, pero acompañado de un conjunto de obligaciones significativas de democracia interna, transparencia, obligaciones de capacitación, de formación.

¿Cómo conciliar en la Constitución un fortalecimiento de las instituciones clásicas de la democracia representativa con la apertura de canales efectivos de participación ciudadana? Sobre el tema de participación ciudadana, yo les recomiendo, les invito a leer dos textos que a mí por lo menos me han parecido muy sugerentes, textos recientes de personas que trabajan entre nosotros. Uno es de Francisco Soto, que es profesor de esta Facultad, que publicó hace un año y medio un libro sobre democracia directa. Y otro de David Altman, cientista político de la Universidad Católica, que publicó hace tres años un libro sobre el mismo tema.

Lo que hicieron ellos fue mirar la experiencia en democracia directa de los últimos 50 años. Hacen todo el mapeo. Ambos coinciden muy claramente en que hay que partir por diferenciar lo que ellos llaman “democracia directa top-down”; democracia directa es en el fondo una herramienta de la que se vale el poder político para cuándo quiere, cómo quiere hacerle preguntas a la ciudadanía, donde normalmente el resultado buscado y el conseguido es más poder para el que hace la pregunta.

La verdad es que en el 99% de los casos, ese tipo de mecanismos terminan dando más poder al que hace preguntas y no menos poder de lo que podríamos llamar down-top, que es desde la ciudadanía que se formulan las preguntas y donde se consigue muchas veces una limitación del poder.

Entre los mecanismos que se han discutido, me parece que habría que pensar cuáles conversan mejor con las instituciones de la democracia representativa y cuáles lo hacen menos. Dos ejemplos de instituciones que a me parece incluso fortalecedoras del Parlamento, fortalecedoras de los partidos políticos: el referéndum .evocatorio, tal como se usa en Italia y en Uruguay.

Es decir la oportunidad de que publicada una ley exista un plazo para que los ciudadanos disconformes reúnan firmas suficientes para someter a referéndum esa ley aprobada, y que los ciudadanos dicen apruebo la ley que acaba de despachar el Parlamento o rechazo la ley que acaba de aprobar el Parlamento. Esto tiene varias virtudes. Por una parte, no reemplaza ni sustituye completamente al Parlamento. Si el rechazo ciudadano se impone, el Parlamento recupera la pelota y tiene que volver a hacer su trabajo, pero consciente de que fue reprobado en su primer esfuerzo.



En segundo lugar, introduce durante la tramitación parlamentaria un incentivo muy interesante. Como a todos les consta, se ha hecho muy fundamental en nuestros debates legislativos que los parlamentarios estén mirando de reojo el Tribunal Constitucional. ¿Esto que vamos a aprobar es constitucional o no es constitucional? ¿Qué va a pasar en el Tribunal con esto? Eso actuó como un condicionante. Se equivocan los que piensan que la incidencia de ese mecanismo se mide por la cantidad de veces que el Tribunal echó abajo una ley. Hay una cifra negra: todas las veces que la sola presencia del Tribunal actuó como inhibidor de una determinada solución. Eso no es necesariamente malo, no voy a discutir hoy día con el profesor Fernando Atria, sobre la importancia del Tribunal Constitucional, creo yo, pero claramente es un elemento que condiciona nuestras políticas.

¿Cómo no pensar que sería interesantísimo que por cada mirada de reojo que le pegan a la jurisprudencia del Tribunal, piensen qué es lo que va a decir Carlos Carmona de esto? ¿Pegar cinco o seis miradas de reojo a lo que la ciudadanía está pensando? Y la manera de obligarlos a que miren de reojo lo que la ciudadanía está pensando parece no ser suficiente que ellos sepan que tres años más van a enfrentar las urnas. Parece no ser suficiente que cuando vayan a comprar al supermercado el fin de semana, en la semana de distrito, les van a gritar algo pesado. Parece ser que la posibilidad de que un grupo suficiente de ciudadanos que está disconforme con esa reforma laboral, tributaria, con esa ley de aborto, con lo que fuere, vaya a obligar a un debate en que ellos tengan a dar explicaciones de por qué votaron como votaron.

En Italia, por ejemplo, esto permitió que una ley que hizo aprobar Berlusconi a un Parlamento que dominaba Fuerza Italia, fuera llevada a discusión ciudadana. Era una ley virtualmente de autoimpunidad, en que él lograba generarse un fuero para efectos de no ser perseguido penalmente por los tribunales. Y los ciudadanos consiguieron las firmas suficientes y lograron revocar la ley.

Ustedes saben que en Uruguay se han puesto a discusión plebiscitaria las leyes de amnistía. Esto es distinto a que los ciudadanos puedan promover iniciativas propias. Ahí la experiencia es más compleja; ahí hay preguntas distintas que saltan a la palestra. ¿Esto reemplaza la acción legislativa del parlamento? Es decir, los ciudadanos pueden proponer una ley completa. No. Sólo una idea. ¿Los ciudadanos pueden proponer una idea en qué rango? ¿Rango legal, rango constitucional? ¿Somemos algún filtro las ideas que proponen los ciudadanos, para evitar que una idea que se aprueba por plebiscito después sea contradictoria con la Constitución?

El ejemplo que siempre salta a la vista es de un plebiscito que realizaron los suizos. Ustedes saben que son los campeones mundiales de plebiscitos y democracia directa. Quizá como todos estos ejemplos anecdóticos es malo, porque nos muestra solamente un ángulo del problema, pero creo que nos puede hacer reflexionar. Los ciudadanos suizos, cuando juntan en un periodo de 18 meses una cierta cantidad de firmas, creo que son 300.000, pueden someter a votación plebiscitaria, con bastante amplitud, las cuestiones que les parecen convenientes.

Por ejemplo, hace un tiempo atrás, no podrá existir en ninguna empresa una diferencia en la brecha salarial que sea de más de 20 veces. Entonces, si esta es la empresa equis, el gerente general gana 200.000, el empleado que gane menos, gana 20 veces menos. Esa tesis fue derrotada en el plebiscito.

Pero hace cuatro años, a partir de la experiencia de algunas comunidades, se propuso una reforma constitucional que establece que no podrá haber minaretes de mezquitas en suelo Suizo. No se prohibían las mezquitas, sino que la torre o minarete. Se hizo el intento de explicar que esto era un objetivo laico, no era una hostilidad contra una fe religiosa.



Se dijo que ninguna parte del Corán decía que tenían que haber minaretes, que ésta era una cuestión política, más bien imperialista, de penetración cultural, que era una agresión a un país cristiano. Entonces, no se estaba respondiendo contra la fe del Islam; no había ningún problema que hubiera mezquitas, y se aprobó, lo que generó una serie de preguntas respecto de si esto era constitucional o no.

Entonces, a mí me parece que el referendo revocatorio de leyes es una fantástica oportunidad para introducir una discusión, un debate entre el Parlamento, que hace la ley, y la ciudadanía, que lo cuestiona, lo critica.

La iniciativa es legal, como ustedes saben, de acuerdo a nuestra historia constitucional, la iniciativa está descansando exclusivamente en el Presidente de la República y en los parlamentarios. A mí me parece que sería muy interesante permitir que un número suficiente de ciudadanos pudiera presentar un proyecto de ley. Pero obviamente no nos sirve de nada y no tendría sentido que nos quedáramos con la formalidad de que ingresara a la secretaría de la Cámara de Diputados un proyecto y que fuera a dormir el sueño de los justos, después que se juntaron las firmas, con todo lo que cuesta conseguir las firmas

Ahora nos hemos puesto un poquito más estrictos con las firmas. Ahora realmente el notario tiene que hacer su pega, y aunque no cobremos por esa gestión, créanme, cuesta muchísimo conseguir que un ciudadano vaya a una notaría. Es la experiencia de los que están hoy día formando partidos políticos. Es muy difícil.

Entonces, sería absurdo abrir la ventana para iniciativa legal y que los ciudadanos hicieran este esfuerzo inmenso, para que simplemente apareciera en la agenda, pero uno podría por ejemplo establecer que el solo hecho de que una iniciativa legal haya sido promovida por un número suficiente de ciudadanos, obliga a la Cámara donde ingresó el proyecto a hacer un pronunciamiento en general dentro de los siguientes seis meses. Tiene que votar a favor o en contra, en general. Y los ciudadanos, entonces, pueden ver cuál es el efecto de su decisión y cómo reacciona cada uno de los parlamentarios ante el proyecto. Después de esa aprobación en general, el Parlamento mantendría sus facultades para ir haciéndole cambios.

Si tenemos después la revocación al final, si los cambios que se le hacen son desfiguradores, los ciudadanos al final podrían corregir la actuación legislativa.

La revocación de cargos nació en los Estados Unidos, en los estados del Oeste, como una manera de luchar contra el poder de las máquinas electorales. Fue lo que se llamó el momento progresista, esto del free call, es decir, yo elegí un alcalde, un gobernador, después de 6 meses, después de 9 meses me ha decepcionado, me ha frustrado, yo junto firmas y fuero una elección anticipada y lo saco del cargo. Es una institución que tienen varias democracias. Es interesante.

¡Pero, nótese, en Estados Unidos se aplica solamente en un tercio de los estados! No se usa a nivel nacional, se usa a nivel estadual, y plantea una serie de problemas, especialmente si se trata de países que han optado por sistemas proporcionales la revocación del mandato parlamentario ofrece una dificultad muy evidente. Si en una elección elegí por un distrito cinco o seis representantes, permitir que un grupo de ciudadanos trate de revocar el mandato de uno de esos cinco o seis, abre la puerta para que los que son mayoría en ese distrito le rescindan su mandato popular al que fue elegido en virtud de la proporcionalidad del sistema ad hoc. Entonces, uno tendría que decir que la revocación del mandato es solo para cargos uninominales, cargos ejecutivos, para el futuro intendente regional elegido. A mí me parece una opción que también es digna de atención.



Vuelvo ahora a otras cuestiones que tendríamos que discutir, siempre pensando en cómo encontrar el equilibrio entre instituciones que le den espacio a la participación ciudadana, pero que tampoco debiliten lo que debiera ser una democracia de instituciones fuertes.

Paso a revisar algunas disyuntivas. Algunas de ellas de nivel constitucional y otras de nivel puramente legal, pero todas constitucionales en el sentido más profundo de la palabra.

Primera pregunta: ¿cómo debiéramos elegir al sucesor cuando se produce la vacancia de un cargo parlamentario? Esto podría ser una cuestión accidental, pero la verdad es que la reflexión sobre esto nos dice bastante donde van a estar nuestras prioridades.

Históricamente en Chile la vacancia se llenaba con una elección complementaria. Los propios electores tenían la oportunidad de elegir al reemplazante, y así fue hasta el 73. Por alguna razón, la experiencia con el famoso naranjazo convenció a buena parte del Derecho Público chileno que eran muchas más las desventajas de la elección complementaria, que las ventajas: que distorsionaba la política; que desfiguraba el proceso político nacional a partir de una situación local.

Pero la verdad de las cosas es que llevamos en los últimos 25 años, varios intentos por buscar un sistema bueno, y todos han demostrado ser bastante malos. Elegir al compañero de lista; que el partido imponga el nombre; que el Parlamento elija un reemplazante. La verdad es que todas las fórmulas son bastante, a mi juicio, insuficientes. Y yo siempre he pensado que la mejor fórmula, si uno quiere hacer esta conexión virtuosa entre ciudadanos y partido político, es que tengamos elección complementaria.

Ojo, se acaba de aprobar una reforma constitucional que establece la pérdida del escaño cuando un candidato ha gastado mucho más, entre otras cosas, cuando ha gastado más de lo que está autorizado. Faltas electorales, es graves.

Me parece interesante. Es una respuesta a un clima, a un momento, a un cuestionamiento. Pero a mí me parece complicado, porque pensémoslo bien. Cuando en un distrito se gasta mucho más de lo que debe gastarse, hay dos fenómenos en paralelo. Hay alguien que faltó a un deber y eventualmente eso dará lugar a sanciones, incluso a penas penales. Y esas penas penales podrían ser lo suficientemente severas como para causar la pérdida o suspensión de derechos políticos y la pérdida del escaño. Pero pasó una segunda cosa: la voluntad de los ciudadanos que votaron en esa elección fue contaminada.

A nosotros nos preocupa eso, porque ese gasto en exceso es un gasto que distorsiona la expresión equitativa y libre a la ciudadanía. Lo que uno esperaría es que esa situación causara la nulidad del actuar electoral, y se repitiera la elección. Y los ciudadanos pudieran volver a votar sin este vicio de la voluntad que estuvo presente. ¿Pero qué es lo que hace la reforma constitucional? Sin pena penal, el TRICEL va a decir aquí se gastó más de la cuenta. Le va a quitar el escaño al supuestamente responsable sin un proceso penal con todas las garantías de un proceso penal, individualizándolo como responsable; luego el partido político, que se benefició con el fraude va a designar un reemplazante del candidato. Y todos aquellos compañeros de lista del candidato que se beneficiaron también con el fraude, porque quizás fueron arrastrados a la victoria con los votos que obtuvo este candidato tan millonario, tan generoso, también mantienen su escaño.

¿Por qué me detengo en esto, que en sí mismo quizás no es interesante o solo un poco interesante? Me detengo en esto que nos muestra cómo en momentos como este es posible que la búsqueda de soluciones efectistas nos lleve a no mirar cuestiones de fondo. Me parece que la situación actual es mala, pero la situación que se abre con esta reforma es peor y



no atacamos la raíz del problema. El problema es que los ciudadanos fueron defraudados. Son los ciudadanos los que fueron afectados. Y la única manera de evitar que este tipo de regulaciones se preste para maniobras de la élite, intra élite, es que la sanción sea la nulidad y vuelta al pueblo, como lo hacen en Francia.

Cuando en Francia se demuestra que un candidato aparentemente gastó más de lo que debía gastar, digo aparentemente porque su responsabilidad penal va a tomar lo que toma la responsabilidad penal: un año, año y medio, seis meses, dos años, y eso puede redundar en pérdida de escaño, pero mientras tanto hay que hacer algo, y hay evidencia que se gastó de más. Todavía no estamos en condiciones de apuntar con el dedo quién fue. ¿Qué se hace en Francia? Se anula la elección. Pero ojo, se pueden presentar todos los que se presentaron, todos. Como todavía no hay condena, pero los ciudadanos votan sabiendo que hubo más gasto, votan en una campaña limpia y ellos eligen a sus representantes.

Creo que hay que buscar soluciones que articulen adecuadamente la fortaleza de las instituciones o la participación ciudadana. A mí me parece, por ejemplo, que en este caso estamos adoptando una mala solución desde el punto de vista de la representación ciudadana.

Sistema de listas. Como ustedes sabrán, en algunos países, en aras de potenciar los partidos políticos, que los partidos políticos tengan una cierta disciplina y una cierta visión en aras de propender a que los ciudadanos votemos por ideas y no por personalidades, lo que se hace es habilitar a los partidos para proponer listas cerradas. Son los partidos políticos que hacen las listas. Así es en España, por ejemplo. El ciudadano madrileño va a votar el día de la elección y se encuentra con una sábana, y ahí están los nombres del PP, el PP hizo la lista, el orden de la lista, y al frente está la lista del PSOE o Ciudadanos, y tú votas por el partido. Hay disciplina, porque si tú te portas mal no vas a aparecer más en la lista del partido. Hay un voto más ideológico, no hay un elemento personalista.

Uno podría decir, en la línea de fortalecer los partidos, nosotros debiéramos avanzar hacia ese tipo de soluciones. A mí, por ejemplo, lo que me pasa es que tiendo a pensar en lo que ha sido nuestra tradición constitucional, el vínculo entre el ciudadano y el parlamentario es un elemento importante. Lo ha sido históricamente desde la primera vez que votamos, en 1811, para elegir al primer Congreso Nacional.

A mí no me parece trivial el tipo de vínculo que existió, por ejemplo, entre el ciudadano de San Miguel y Mario Palestro; el ciudadano de Coquimbo y el señor Hugo Zepeda; el ciudadano de Concepción y el Senador Godoy. Eso históricamente tuvo un valor, y creo que es parte de nuestra cultura política. Entonces, yo no sería partidario de impedir o terminar con la vieja tradición de que votamos por alguien y no solo por la lista en la que va alguien.

¿Qué hacemos con los transfugas? ¿Qué hacemos con las personas que son elegidas con las banderas de los partidos y a los pocos meses o años se van del partido? Esta situación la vivió hace unos meses Renovación Nacional, pero la han vivido otros partidos. Y en la medida que nuestro sistema político muestre más síntomas de descomposición de los que ya estamos mostrando, debiera hacerse cada vez más frecuente el transfuguismo. Hay varios tipos de transfuguismo.

Entonces ¿qué hacemos? En Brasil, alarmados en un momento dado con la situación que se estaba produciendo, porque los ciudadanos votaban y por ejemplo elegían 122 Diputados del Partido Movimiento Democrático Brasileño, pero seis meses después había 48 no más. La mitad habían corrido a formar el Partido Progresista, el Partido de la Renovación no sé cuánto. La solución drástica es quitarle los escaños. La solución menos drástica es que los ciudadanos vuelvan a



elegir. El que quiere cambiarse de partido tiene el perfecto derecho a hacerlo, pero tiene que revalidar su mandato ante los ciudadanos.

La situación genera un montón de problemas prácticos, y podríamos analizarlos. Pero me parece que eso iría en la línea de ir conciliando estos distintos propósitos de lo que estoy hablando. Provisión de vacantes, transfuguismo, lista cerrada.

A mí juicio se nos abre una posibilidad. El clima que se vive hoy día puede dar lugar a dos tipos de respuesta ciudadana o social. Una es poner nuestra confianza en los técnicos o los jueces, o los periodistas más críticos, en los Mosciatti, en los fiscales en el fiscal Gajardo, y entender que la solución pasa por la funcionalización de la actividad política, someterlos a más restricciones y más límites. No llegan a la hora, porque estaba lloviendo, entonces hay que aplicar multa y sanciones cuando no están. Se va a Paris con su amiga, entonces tenemos que regular... Vamos poco a poco aplicando el Estatuto Administrativo. Entonces, no más semana de distrito. Ellos tienen que tener la jornada laboral. Claro, después de las 9 de la noche pueden trabajar como chef de un restorán. Todo eso, a mi juicio es simplemente entrar en un camino que es negar lo político y la politicidad de la política.

Las malas salidas en estos casos, son las salidas en que terminamos –repito– con los fiscales y los jueces transformados en héroes. Con los Matamala, con las Rincón, con los Mosciatti transformados en héroes supuestos; con los Engel transformados en héroes supuestos.

A mí claramente me parece mucho más interesante lo que puede ser el surgimiento de nuevos partidos políticos, el surgimiento de mayor interés, de mayor vigilancia, de mayor crítica, pero apostando a que la política no admite y no debiera ser funcionarizada, y no debiéramos salir de este proceso con una transferencia de poder neta hacia órganos no políticos.

Yo siempre recuerdo dos experiencias de la historia chilena. El primer comunista en llegar al Parlamento, Luis Emilio Recabarren, llegó al Parlamento después de tres intentos en que le fue robada su victoria por Iquique. Sobre la base de interpretaciones mañosas de la ley se le quitó su escaño.

La primera mujer en llegar al Parlamento, María de la Cruz, que fue elegida Senadora por Santiago el año 1953, cayó víctima de haber violado una inhabilidad, había ingresado unos relojes de contrabando, una norma que no se aplicaba a los hombres; la Comisión de Constitución del Senado dijo que no concurría, que no se había producido el defecto, pero el resto de los políticos encontraron muy cómodo, muy apropiado sacarla del camino. Era una amenaza política, sobre la base del tema de la inhabilidad.

Entonces, este es el instante en que lo que vamos a querer hacer es aumentar las penas; lo que vamos a querer hacer es aumentar las inhabilidades; aumentar las incompatibilidades; aumentar los controles funcionarios. Ésa es la tentación, y yo creo que la salida más bien va por incorporar en la institucionalidad mayores vínculos y vinculaciones entre ciudadano y partido.

Yo creo que tenemos que volver a las elecciones complementarias. Yo creo que tenemos que atar a los partidos políticos a un estatuto robusto, con financiamiento y con deberes. Yo creo que tendríamos que tener un referéndum revocatorio de leyes, para que cuando salga una ley que no nos guste, en vez de pensar cómo conseguimos seis votos en el Tribunal, nosotros nos organizamos para recorrer nuestros barrios, nuestras ciudades, juntando firmas para tener un debate cívico sobre la ley que se aprobó y que queremos dejar sin efecto.

... *Aplausos*



PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: A continuación viene el comentario del profesor Fernando Atria Lemaitre, quien es Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Abogado por la Universidad de Chile. Es Doctor en Derecho por la Universidad de Edimburgo. Actualmente es profesor de la Cátedra de Introducción al Derecho en esta Facultad.

Es miembro del Grupo de Investigación de Filosofía del Derecho en la Universidad de Edimburgo y pertenece al consejo editorial asesor de la Revista de Teoría y Filosofía del Derecho “Isonomía”. Es autor de numerosas publicaciones muy conocidas, artículos, capítulos de libros, publicados en revistas nacionales y extranjeras. Es autor de libros, entre los que se encuentra “El Otro Modelo”, una de sus últimas publicaciones.

Tiene la palabra el profesor Atria.

PROFESOR FERNANDO ATRIA L.: Muchas gracias. Gracias por la invitación; gracias a los copanelistas por la posibilidad de discutir estas cuestiones. Gracias a los presentes.

Yo voy a hacer algunos comentarios a lo que ha dicho el profesor Zapata, pero quiero también decir algunas cuestiones generales, en el contexto de las cuales voy a dejar caer mis comentarios.

Mis diferencias con el profesor Zapata en general no van a aparecer, porque ellas suelen no ser respecto de teoría. Es cuando la teoría llega, aterriza en el mundo, ahí aparecen. Y entonces esta discusión va a ser un poco más movida de eso, en alguna medida. Entonces en la mayoría de las propuestas precisas y tomadas como propuestas para el futuro, yo tiendo a estar de acuerdo.

Cuando uno habla sobre partidos políticos y participación, uno debería comenzar por lo que yo creo que es uno de los problemas que es de los más graves que nos ha legado el hecho de vivir 25 años bajo la Constitución de 1980, y en particular, en este caso, sobre el sistema binominal.

Pienso que uno no puede simplemente decir que bueno que nos deshicimos del sistema binominal en enero, sin hacerse cargo de todo el daño que causó el sistema binominal. Y la razón por la cual que causó un daño extraordinariamente profundo, es precisamente por lo que estamos discutiendo hoy día, porque el sistema binominal corrompió la idea misma de representación política, en el caso paradigmático de representación que es el Parlamento. Eso además muestra también la función pedagógica que tienen las instituciones políticas, porque la corrupción de la idea de representación a nivel parlamentario, produjo corrupción de la idea de representación en niveles no parlamentarios.

La idea de representación es vista con sospecha y escepticismo en los centros de alumnos, en los sindicatos y vemos que las directivas sindicales no están en condiciones de llegar a acuerdos con sus contrapartes, porque las bases pasan por arriba de ellas, sobre la base de la sospecha que hay de que si es representante, entonces algún interés puede tener, que hace necesario prescindir de la representación.

El contexto actual es un contexto altamente escéptico de la representación. En un contexto escéptico de la representación, todo es difícil de conversar. Yo no creo que baste para contrarrestar este contexto escéptico de la representación. Simplemente decir que la representación es importante, y que por eso no podemos actuar sobre la base de este escepticismo respecto de la representación, porque el hecho político es que ese escepticismo existe.



Entonces, es importante ir a sus causas. La razón por la cual es inevitable hoy día –creo yo– que haya pérdida del escaño para quien infringe la legislación sobre financiamiento electoral, es que en las condiciones actuales cualquier otra solución sería políticamente insostenible. ¿Es la mejor solución desde el punto de vista de la lógica de la representación? No. Pero el problema es que desde el punto de vista de la lógica de la representación, el estatuto del parlamentario es un estatuto que hoy día no es presentable, no más.

Pensar que los parlamentarios tienen el deber de ir a las sesiones parlamentarias. ¡Absurdo! Hay mucha actividad política que no ocurre dentro del edificio del Congreso, y no ir a sesiones parlamentarias puede tener sentido político.

Entonces esta obsesión con que no llegaron, ¡absurda! La regla debería ser el parlamentario va a la sesión que cree que tiene que ir, y punto. Esa debería ser la regla. La regla es cuando el parlamentario considera que su función política exige que vaya a hacer una gira por Europa, bueno, tendrá que irse a hacer la gira por Europa. La regla, en este sentido, estricta, es que el parlamentario se va a sus giras por Europa o donde sea, cuando considere que es políticamente necesario hacerla. Y a todo eso responde a través de la crítica impugnación pública y las elecciones, etcétera. Eso es lo que corresponde de acuerdo a la función que los parlamentarios en rigor cumplen. Un estatuto que siga esas ideas hoy aceptables, en condiciones de proveer legitimación política, por supuesto que no.

Entonces, el problema es antes de llegar a pasar juicios sobre cada una de varias proposiciones de reforma o reforma a tratar de entender el problema, por qué la crisis de representación. Y creo que esta crisis de representación, esta impugnación de la idea fundamental democrática, que es la idea de representación, se manifiesta hoy día en la idea de que la representación es, por así decirlo, un second best. Que la razón por la cual necesitamos tener representantes es porque no podemos deliberar y votar todos juntos, porque no hay ningún espacio físico donde quepan... Bueno, después del último censo, no sabemos cuántos, pero varios millones de personas, digámoslo así.

Tenemos salones donde caben 100, 200, 1000, pero no varios millones de personas. Entonces, como físicamente no se puede hacer todo directamente, necesitamos recurrir a una solución que es impuesta por las circunstancias, por el hecho de que no se puede hacer del modo ideal. Yo diría que ésa es la manera en que hoy día se entiende la representación. Yo diría que es una manera completamente equivocada, en mi humilde juicio, digamos.

Creo que la representación es constitutiva de la acción política. No hay acción política sin representación. Cuando los estudiantes salían a marchar a la calle, lo que los críticos de los estudiantes –estoy pensando en las editoriales de El Mercurio– decían “no representan a nadie. Son esos mismos los estudiantes que están marchando porque quieren más dinero para ellos. Son un grupo más de presión”. Grupo de presión es el nombre que recibe un grupo de personas que demanda algo cuando se les niega que estén actuando políticamente.

¿Cómo se afirma que están actuando políticamente? Con esto no estoy tomando partido, porque cada uno verá cómo lo interpreta. Se afirma que tenía contenido político, entonces que no era un grupo de presión, era un movimiento social, como se dice ahora, porque, dicho por ellos, es la posición que adoptarían ellos, es que aquí no estamos marchando solo nosotros. Con nosotros están marchando, bueno, básicamente, no sé si usarían este lenguaje, pero con nosotros marcha el pueblo de Chile. Nuestra demanda es una demanda que va en el interés de todos. Nosotros representamos.

Si la idea de representación es una idea que es solo una necesidad impuesta por las circunstancias, entonces lo único que



hay como criterio de legitimación política es la acción individual, la acción de mercado. Yo defendiendo mis intereses y me encuentro, a veces, con otros que tienen los mismos intereses que yo y juntos vamos a presionar. La idea de representación entonces es constitutiva de la idea de política, y obviamente de política democrática.

Entonces, el hecho de que la idea de representación se entienda hoy día del modo en que se entiende, como si fuera un second best, hace todo más complicado, porque todas las instituciones democráticas, o digámoslo así, las instituciones democráticas, en principio, suponen esta idea de representación impugnada.

Noten ustedes que si la representación es un second best, algo impuesto por la necesidad de las cosas, bueno, cada caso en que la tecnología permita dar para prescindir de la representación, es un paso que se debe dar. Si la representación se justifica porque es necesaria y gracias a Dios la tecnología nos permite no hacerla necesaria en ciertos casos, entonces ya no hay ninguna justificación para ella y tenemos todas estas ideas de democracia electrónica, etcétera, que son, en el fondo, la privatización de la política.

Cuando uno ve estas dos ideas de representación, hay varias cosas que empiezan a calzar. Una de las ironías más brutales de nuestra época en esta materia es que la idea fundamental de la representación democrática, que es afirmada en la idea de que no hay representantes de distritos, diputados de distritos: hay diputados por distritos. El Diputado elegido en Concepción no es un Diputado de Concepción, es decir, no es un representante que Concepción manda a esta asamblea de plenipotenciarios que se junta en Valparaíso. Es un representante del pueblo chileno elegido por Concepción. Pero hoy día ya no lo pensamos así.

Entonces, cuando se presenta la reforma tributaria, un Senador puede públicamente anunciar, reclamando legitimidad para su anuncio, yo no voy a votar por esta alza en el impuesto al pisco, porque eso afecta a los productores de pisco de mi circunscripción. La ironía es que si ese Senador, en vez de haber sido Senador hubiera sido director de una sociedad anónima, eso podría haber sido sancionado por la Superintendencia, porque son los comercialistas que se dedican al Derecho Corporativo los que tienen clarísimo que el representante tiene un deber con el todo. Los directores de sociedad anónimas no representan a los accionistas que votaron por ellos, representan a la sociedad.

Hoy día la idea de representación política está más en casa en la sociedad anónima, que en el parlamento. Ésa es nuestra situación.

Yo entiendo lo que decía la profesora García al principio, pero la verdad es que en términos de la reflexión constitucional, los partidos políticos son advenedizos. En la teoría constitucional nunca fueron predichos. Eran vistos como problemas. Los partidos políticos fueron una cosa que apareció en los hechos. No fueron anticipados por la teoría. La teoría no tenía un lugar adecuado para los partidos políticos, y debió hacérselo en la medida en que existían.

Entonces, la pregunta es ¿cuál es la relación que hay entre los partidos políticos y la representación democrática? Y claro, si la representación democrática es un second best, los partidos políticos son grupos de interés. La idea de los partidos políticos como algo distinto que grupos de interés, supone una idea de representación democrática que no pretende transmitir del modo más intocado posible las preferencias del representado al representante.

Es decir, la idea política de representación es una idea que no es la idea de representación del Derecho Privado. Es una idea de representación propiamente pública, porque las posiciones políticas que se representan no son posiciones políticas que puedan ser identificadas de antemano.



La representación no es un conducto que mientras menos ruido tenga, mejor. Es al contrario. La lógica de la representación democrática la expresó Residente de Calle 13, alguna vez que le dijo a algún humorista chileno que había hecho alguna rutina anti gay, y que decía que no me vengan aquí a criticar los extranjeros. Residente decía “yo veo de lejos lo que tú de cerca no vez”. Esa es la lógica de la representación democrática: si los intereses particulares están demasiado cerca, entonces no van a ser purgados. La representación democrática, a través de la discusión, pretende purgar los intereses particulares. ¡Si hicieran plebiscitos locales para decidir dónde se construyen cárceles o basurales, no habría ninguna cárcel ni un basural en Chile!

Otra manifestación de esta incomprensión de la representación: la función de la regla de mayorías. Hoy día entendemos que la manera natural que resulta hablar de la regla de mayoría, es que la regla de mayoría es lo que importa. Y entonces cuando uno habla de que algo se decida por mayoría, hoy día demasiado rápidamente surge la idea “pero las mayorías circunstanciales no pueden estar en condiciones de decidir esto, aquello, etcétera”. Y diría que en la lógica de las instituciones democráticas la regla de mayoría no es todo lo que importa. La regla de mayoría solo es relevante cuando uno la entiende al final, no al principio.

Es decir, la regla de mayoría es simplemente una regla de decisión, que trata a todos como igual, ante el hecho –la experiencia política nos enseña día a día– ante el hecho de que la discusión pública ha sido incapaz de disolver el desacuerdo.

Hemos discutido como ciudadanos y el desacuerdo ha persistido a la discusión y nos enfrentamos al hecho de que tenemos que decidir de un modo que trate a todos como igual.

La regla de mayoría adquiere su sentido democrático cuando se la mira dentro del contexto del procedimiento de decisión democrática, que incluye crucialmente la destitución. Pero discusión –también es parte de la incomprensión actual– discusión es una idea que cada vez es más difícil distinguir de negociación. Es común hoy día escuchar que discusión y negociación son lo mismo. Y yo realmente no puedo entender cómo el mundo ve a alguien que no hace la distinción entre discusión y negociación.

Bentham decía una frase que uno la escucha y es obvia, pero que es mucho más aguda de lo que parece: “hambre no es pan”, lo cual es obvio. Pero hambre no es pan significa del hecho que tengamos una necesidad, eso no garantiza que tenemos aquello que necesitamos. Del hecho de que los partidos políticos sean importantes para mediar la idea democrática de representación, no se sigue que tengamos partidos políticos. Existen hoy día instituciones que se denominan partidos políticos, y que la ley los llama partidos políticos.

Pero la pregunta que en general en esta discusión suele no aparecer, porque en general esta discusión parece ser entre quienes creen que los partidos políticos son bolsas de trabajo, que en buena parte lo son hoy día, y quienes creen que los partidos políticos son importantes para la política democrática, pero eso es suponer precisamente que hambre es pan. Si los partidos políticos son importantes, los partidos políticos no pueden hacer bolsas de trabajo. Y si las dos cosas son verdaderas. Si los partidos políticos hoy día son mutualidades de ayuda recíproca, pero además los partidos políticos, en un sentido distinto, son fundamentales para el sistema democrático. Nuestra situación es que algo que es fundamental para el sistema democrático, no lo tenemos, aunque tenemos otras instituciones que las llamamos del mismo modo. El tipo de cosas que yo creo que ilustra que los partidos políticos hoy día ya no son partidos, o son poco, no quiero decir todo o nada, pero son poco partidos, en el sentido preciso en que los partidos políticos son necesarios



para la representación democrática, aparece por ejemplo cuando ante una cuestión problemática, difícil, compleja, pero importante, los partidos políticos dicen “damos libertad de acción”.

Y se dice eso respecto a ciertas cuestiones especialmente sensibles. Creo, por ejemplo, que no debería ser aceptable que ningún partido político diera libertad de acción a sus Diputados o Senadores en el tema de la ley de aborto. No es aceptable. Esto es lo que los hace importantes para la representación democrática: están para constituir espacios mediadores de deliberación. Entonces, cada partido político enfrentado a una cuestión que estamos discutiendo como ciudadanos, debe llegar a una decisión.

Ojo, hay muchas cosas que se siguen de esto. Yo no creo que esto signifique que un partido político pueda sancionar de modo especialmente drástico a un Diputado que se rebela, que no está dispuesto a votar como el partido político ha decidido. A lo mejor la situación es, bueno, si el Diputado se rebela, él planteará un problema y eso creará una discusión respecto de la rebelión del Diputado. Pero la idea de que los partidos políticos tienen que tomar posición respecto de las cosas como partidos, esa idea hoy día desapareció.

Hoy día los partidos no tienen la obligación de tomar partido. Los partidos políticos hoy día pueden dar libertad de acción cuando se trata de elegir al Contralor de la República, cuando se trata de aprobar al Fiscal, cuando se trata de aprobar el proyecto de aborto. Y si los partidos políticos no tienen la obligación política de tener sobre estas cuestiones que enfrentamos como ciudadanos de llegar mediante la deliberación a una decisión, la pregunta es ¿para qué están? Es difícil, en ese contexto, no entender que son mutualidades de ayuda recíproca.

¿Cómo hemos llegado a esta situación? Creo que ésta es una cuestión importante. Y aquí hay dos explicaciones para esto, dos explicaciones que no necesitan ser alternativas. Hay una larga tradición de reflexión, que se origina o que se reconduce, por lo menos, y probablemente más allá, por lo menos hasta algún jurista alemán cuyo nombre no voy a mencionar, que dice que en las condiciones del capitalismo del Siglo XX, hablando en la década de los 30, condiciones que se han agudizado que se han multiplicado varias veces en esta misma dirección desde entonces, en las condiciones del capitalismo avanzado –el parlamentarismo, decía él– la idea que yo diría hoy día de la democracia de la discusión es imposible. ¡Esto ya se acabó! Pasó la época de la discusión en que se creyó que a través de la discusión podíamos llegar a...

La verdad es que es bien difícil no estar de acuerdo cuando uno mira alrededor y si uno piensa en las discusiones en la Cámara de Diputados, usando su analogía, pareciera como si alguien ha pintado sobre un moderno aparato de calefacción central llamas naranjas para dar la impresión de un fuego vivo, porque la idea de que el encuentro entre las ideas de los Diputados va a sacar chispas, y de ese choque va a salir el entendimiento. O sea, es una idea que sus condiciones sociológicas han pasado. Esa era la tesis.

Entonces la idea, si es verdad que la representación supone discusión y deliberación política y que en las condiciones del capitalismo avanzado la deliberación política es imposible o se reduce a propaganda y manipulación, o sea negociación, si eso es verdad, bueno, entonces estamos cocinados. O sea, quiere decir que junto con lo que él llamaba parlamentarismo, la época de la democracia pasó, y lo que queda es una especie de mercado político.

Creo que algo de eso hay, que tiene que ver además con la creciente autonomización del capital respecto de la política. Creo que es lo que estamos viendo de modo evidente en Europa, que las condiciones de operación y reproducción del capital crecientemente están más allá del alcance de las decisiones políticas, del control político. Entonces la pregunta es



¿cuál es el sentido de la política, si estas cuestiones fundamentales están fuera de nuestro alcance? Y eso ha creado este profundo escepticismo respecto de la representación, que existe no sólo en Chile.

Este escepticismo respecto de la representación política no es un fenómeno chileno. Esta desafección con los partidos no es un fenómeno chileno. Parte de lo que los indignados pedían en España era precisamente acabar con las listas cerradas. ¿Cuál es su demanda? Y pudiendo pedir el fin del capitalismo, lo que pedían era quiero que se acaben las listas cerradas. ¿Por qué? Porque ya no son vistas como formas de reforzar estos espacios de deliberación mediadores, que es lo que las justifica. Ahora son vistas como maneras en que camarillas se protegen a sí mismas. Y no hay que ser demasiado cínico para ver que algo de verdad hay en eso.

Entonces, una posibilidad es que la representación política se haya hecho sociológicamente imposible.

Es decir, que seguir creyendo en la deliberación política y la representación en ese sentido, es ingenuo a estas alturas, porque supone cierta sociología que ya no existe.

En verdad, no tengo un argumento para refutar eso. Lo único que podría decir es que afortunadamente los chilenos tenemos otra explicación que podemos poner al lado. Y podemos por lo menos ahora discutir en el entendido de que esta otra explicación tiene parte importante de la responsabilidad y que entonces hay todavía algo que se puede hacer para rescatar la idea de responsabilidad política, atendido a la especial agudeza que tiene el fenómeno en Chile. Porque del hecho que sea un fenómeno que se reproduce en otros países no se sigue que haya causas locales, sobre todo cuando el fenómeno en Chile es especialmente agudo.

Yo diría que ese fenómeno es el resultado de 25 años de vivir bajo una Constitución neutralizadora, en que esta idea de que el capital se autonomiza de la política, que es lo que el momento de desarrollo del capitalismo neoliberal actual, esa idea en Chile existe con una venganza, por así decirlo, porque en Chile el sistema constitucional está diseñado para autonomizar el modelo político y económico de la política.

Entonces, si uno se pregunta ¿por qué la política es impotente? En Chile tenemos las dos respuestas. En parte porque es un momento en el desarrollo del capitalismo neoliberal, pero también porque hemos vivido 25 años bajo una institucionalidad neutralizada. Y entonces yo diría, bueno, Nueva Constitución. Es decir, va. Y entonces sale la pregunta típica en esta discusión que nunca es discusión, porque siempre es intercambio de caricaturas. Ah, ¿usted dice que la nueva Constitución va a solucionar todos los problemas de representación y nos va a llevar al paraíso, etcétera? Y la respuesta obvia es no. Nada nunca soluciona todo.

Pero en este caso ¿qué diría uno? Ojalá una Constitución que no es neutralizadora sea suficiente para revitalizar la representación política.

¿Tenemos garantía de que sea así? No, pero la verdad es que la acción política –este también es un punto de Hannah Arendt– la acción política nunca es predecible. Y por lo tanto nunca puede estar seguro.

Si uno espera tener seguridad para actuar políticamente, nunca va a actuar. Entonces, actuar es asumir las posibilidades. Yo diría hay una buena posibilidad. Tenemos una buena explicación local que se suma a la explicación global de cuál es la razón de esta crisis de la idea de representación.



Por tanto tenemos una buena posibilidad de que atacando la razón local, la crisis de representación pueda ser por lo menos, morigerada. Por eso yo creo que en este momento la nueva Constitución, ojalá por Asamblea Constituyente, es la manera.

Mi temor es que lo que va a pasar va a ser precisamente lo contrario: que se va a volver a firmar la neutralización, y esto en vez de contribuir a la solución del problema, va a contribuir a su agudización.

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Gracias, profesor Atria.

Corresponde ahora escuchar el comentario del profesor Víctor Manuel Avilés, quien es Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Abogado de la Universidad de Chile. Obtuvo un Diplomado en Derecho Tributario en la Facultad de Derecho de esta Universidad, y posteriormente el grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Tributario por esta misma Universidad.

Él actualmente es profesor de Derecho Constitucional en esta Facultad y es autor de diversas publicaciones y artículos en materia de Derecho Público, especialmente en Derecho Constitucional y materias tributarias. Es autor, por ejemplo, del libro “Legalidad Tributaria” publicado en dos ediciones por la Editorial Jurídica de Chile.

Profesor Avilés.

PROFESOR VÍCTOR MANUEL AVILÉS H.: En primer lugar agradecer la invitación de la profesora Ana María García.

El profesor Patricio Zapata nos remitió una reseña de lo que iba a ser su intervención, y de ahí rescaté cuatro ideas que quisiera recalcar hoy día.

A propósito de la necesidad de revalorar la representación, la pregunta es cómo hacemos para que ello ocurra.

El profesor Atria ha señalado que la crisis de la representación obedece a fenómenos internacionales y también a un fenómeno local.

Hoy día apareció una encuesta en El Mercurio –no sé si la vieron– sobre que los chilenos somos poco confiados. Yo creo que hay mucho de eso también.

En consecuencia, la representación política está siendo afectada en general por una crisis de confianza que tenemos los chilenos. Hablaba dicha encuesta que más o menos un 73% de la población no confía en el resto de los chilenos. De ahí a pensar que va a ser posible confiar en representantes políticos, en un contexto donde además han salido a la luz en el último tiempo prácticas que para la mayoría de las personas son incomprensibles, es absolutamente imposible.

Ahora ¿cómo se articula la idea de revalorar la representación? En el libro “El Otro Modelo”, se plantea la idea de articular; el representante se entiende como un articulador. Ello implica que dado que existen movimientos sociales con distintas



tendencias y diferentes solicitudes, hay un grupo de personas capaces de articular esto que aparece difuso en distintas solicitudes o peticiones de grupo y transformarlo en un discurso consistente, que en definitiva representa a todo este grupo.

Esa pretensión de articular es una pretensión que bajo mi particular óptica –les pido me perdonen, pero el Derecho Constitucional es esencialmente un derecho político– es pretenciosa Hacer un juicio político en una intervención de este tipo es de lo más natural. Creo yo que la representación en base a personas “articuladoras” es una pretensión elitista que no es necesariamente compatible con la idea de una democracia representativa y participativa, en términos reales.

Hay otra forma incluso más extrema de entender la representación, que no es la idea de “articulación”. Es la idea de Ernesto Laclau de que, incluso, no importan las mayorías, porque la mayoría perfectamente puede no saber lo que le conviene y en consecuencia importa quién tiene la capacidad de imponer una nueva Constitución, un nuevo orden, para el interés de la mayoría, aunque la mayoría incluso no lo crea así. Algo de Calle 13, que mencionó el profesor Atria, podría tener que ver con eso: ver lo que el resto no ve –hasta acá llegan los articuladores– incluso con lo que el resto ve, que sería el aporte de la última versión.

Estas no son las formas de representación que creemos –al menos creo– que quiere la mayoría de la ciudadanía en Chile, que es bastante más moderada. No quieren ni articuladores iluminados ni personas, bien intencionadas, que no respetan las mayorías. Luego, reivindicó las formas tradicionales de representación a través del Congreso Nacional.

En segundo lugar, quisiera también rescatar el rol de los partidos políticos. Duverger planteaba que los partidos políticos surgen efectivamente después de las constituciones. Incluso llega a plantear que surgen desde una idea de corrupción. Básicamente era una forma de ordenarse para poder ganar la próxima elección, de repartirse cargos o beneficios o de agruparse por regiones, partidos de cuadros. No eran, en consecuencia, grandes ideas las que los agrupaban. o de agruparse por regiones, partidos de cuadros, no eran grandes ideas las que los agrupaban.

Sin embargo, hoy día los partidos políticos son la forma de asegurar no solamente el ejercicio del Gobierno, sino la existencia de una oposición efectiva que permita hacer un control de la actividad de Gobierno y que asegure, en definitiva, mayor respeto por las garantías de las personas.

En consecuencia, todas las prácticas tendientes a debilitar el rol de los partidos políticos, todas las expresiones en esa línea, están hoy día afectando los procesos democráticos en Chile y eso lo considero peligroso. Creo que hay que rescatar a los partidos políticos. Podrán estar en una crisis puntual, pero son una herramienta indispensable de la democracia.

En tercer lugar, tomando un punto del profesor Zapata sobre el voto obligatorio, no puedo estar más de acuerdo con él. Se ha hablado muchas cosas, pero si algo negativo ha tenido en particular la idea de mercado, de mercado –que no la veo yo impuesta en la Constitución– han sido quienes han pretendido llevarla a solucionar todos los conflictos de las personas, incluso el conflicto de decisión política.

Los ciudadanos hoy día esperan satisfacción de necesidades de los políticos, como la esperan también de otras instituciones que operan en el mundo económico y en el mercado. En esta analogía hay un error, y a ese error abonó esta reforma constitucional que llevó el voto a ser voluntario. En consecuencia, votar o no es una decisión más de la voluntad. Creo que ahí se debe echar pie atrás y volver a plantear que la idea de participación y de elegir los representantes en un sistema democrático es necesariamente un deber.



Estoy de acuerdo en que se puede discutir cuál es la sanción que hay que aplicar, de manera que sea eficiente y practicable, pero creo que es un tema que debe enfrentarse.

En cuarto lugar, me parece interesante lo planteado por el profesor Zapata sobre las instituciones de la democracia directa, principalmente esa idea de que sean ejercidas desde abajo hacia arriba y no desde arriba hacia abajo, pues acá siempre hay riesgos de caudillismos. Hago la traducción del Down-Up para no tener que acudir a anglicismos.

La idea justamente que la democracia directa opere de arriba hacia abajo, es la idea que finalmente atemoriza a muchos constitucionalistas, esto es, que estas ideas de democracia directa no sean otra cosa que una forma de debilitar el poder de los intermediarios profesionales y dedicados constantemente a la labor política (representantes parlamentarios), que son los que realmente pueden hacer un contrapeso a la labor del ejecutivo y proteger las garantías individuales. El temor es que por la vía de esta pretendida acción de las bases simplemente se traspase poder pero a partir de una solicitud del poder.

Señalados estos comentarios generales, ahora quisiera aterrizar esto más coyunturalmente.

¿Cómo esta idea de participación y de los partidos políticos ha sido reflejada en la propuesta de la Presidenta de la República para el proceso de reforma constitucional?

Veamos qué cosas buenas tiene. En primer lugar, es un proceso institucional y sin atajos, y eso lo rescato. No ha puesto en vilo la vigencia del orden constitucional.

En segundo lugar, para aquellos que creen que el resultado debe ser una nueva Constitución, entendida como un texto completamente nuevo, es bueno y prudente que sea un proceso lento y extendido en el tiempo. Va a evitar, creo yo, que se cometan graves errores que se podrían cometer con la misma aspiración de un nuevo texto constitucional in integrum en un periodo acotado de tiempo.

En tercer lugar, en la elección del 2017 van a ser llamados los parlamentarios –y aun siendo ingenuo– creo que la quimera de las campañas electorales va a permitir transparentar el pensamiento constitucional de los parlamentarios de manera tal que la delegación en el representante se ejerza en el acto mismo de votar, con pleno conocimiento de cuál es el pensamiento constitucional de ese parlamentario. En fin, creo que esta coyuntura electoral será efectivamente una cosa importante, que por supuesto tendrá efectos para los estrategias de los partidos políticos, pero es una buena herramienta de representación.

Lo malo, que en una situación donde está deslegitimada la representación y hay cierta crisis de credibilidad en las instituciones, este tipo de propuestas han hecho un daño a la institución del Congreso, al menos en su versión actual.

El Congreso actual, en el mejor de los casos, podría ser llamado a pronunciarse sobre una metodología, pero no es llamado a hablar y deliberar de manera eficaz o incidente en los contenidos. Creo que eso le hace un daño a esta institución, que debe ser mantenida y valorada por la ciudadanía.

También se plantea como alternativa modificar la regla de los dos tercios. Yo me pregunto: si la regla de los dos tercios es una regla que existe en el Derecho Comparado para modificar la Constitución –existe en Alemania, existe en México, existe en España– ¿por qué no se puede plantear la regla de dos tercios a aprobarse en el futuro como una alternativa válida, por el solo hecho de que coincide con una que es parte de una Constitución que se considera impuesta por la dictadura? Es una opción legítima la de los dos tercios. Más aún, si el planteamiento que hace el Gobierno es que se



busca una Constitución que sea un mínimo común denominador, es decir, una Constitución neutral que permita que convivan dentro de ella distintos pensamientos que puedan alternarse, tanto de un sector como de otro, los dos tercios darían cuenta de acuerdos mínimos y básicos que naturalmente deben ser estables.

El Congreso actual es llamado a pronunciarse sobre una metodología, pero no es llamado a hablar y deliberar de manera eficaz o incidente en los contenidos. Creo que eso le hace un daño a esta institución, que debe ser mantenida y valorada por la ciudadanía.

También se plantea como alternativa modificar la regla de los dos tercios. Yo me pregunto: si la regla de los dos tercios es una regla que existe en el Derecho Comparado para modificar la Constitución –existe en Alemania, existe en México, existe en España– ¿por qué no se puede plantear la regla de dos tercios a aprobarse en el futuro como una alternativa válida, por el solo hecho de que coincide con una que es parte de una Constitución que se considera impuesta por la dictadura? Es una opción legítima la de los dos tercios. Más aún, si el planteamiento que hace el Gobierno es que se busca una Constitución que sea un mínimo común denominador, es decir, una Constitución neutral que permita que convivan dentro de ella distintos pensamientos que puedan alternarse, tanto de un sector como de otro, los dos tercios darían cuenta de acuerdos mínimos y básicos que naturalmente deben ser estables.

Se ha llegado a decir que si la derecha se siente como la izquierda se ha sentido con la Constitución del 80, el proceso constituyente que se viene ha sido un fracaso.

En consecuencia, si estamos hablando de mínimos comunes denominadores, parece de toda lógica que puedan alcanzar un quórum de dos terceras partes de los Senadores y Diputados en ejercicio.

En cuarto lugar, y esto es un poco caricatura, esta propuesta presidencial contempla la posibilidad de que se vuelva a postergar la delegación para volver a delegarla a la ciudadanía, la que debería decidir vía plebiscito. De ahí que algunos dicen que en realidad eso no decide nada.

También, la propuesta predefine un resultado. Habla de una nueva Constitución. Acá hay una importante discusión. Para muchos la nueva Constitución es un texto nuevo in integrum, y esto genera rechazo en sectores políticos importantes, que son completamente refractarios a entrar a esta discusión. Luego, hay peligro que no se evolucione. En lo personal, no estamos en esa posición.

Otros creemos que una nueva Constitución es un elemento cualitativo que emana de quien ha sido la fuente que ha aprobado el texto.

En consecuencia, una nueva Constitución perfectamente se pueden conservar derechos y garantías e introducir derechos y garantías e instituciones nuevas. No es un reemplazo completo de un texto por el otro.

Sin embargo, la metodología planteada por la Presidenta parece llamar a un resultado y finalmente mantiene como alternativa la quimera de la Asamblea Constituyente, Asamblea Constituyente que en Chile creemos que no se justifica, que es un tremendo espacio para que ciertas élites o ciertos intelectuales y académicos logren sacar adelante sus proyectos, todo esto bajo una pretendida participación democrática.

No se ha hablado sobre la letra chica de la Asamblea Constituyente. Personalmente tuve una reunión con personas de



este movimiento y no hay una definición de detalle de qué significa una Asamblea Constituyente. Hay simplemente cosas que se esperan que ella permita, que creo se pueden recoger y lograr por otra vía.

En consecuencia, lo que hay es efectivamente un tremendo deseo de participar, pero la pregunta es ¿por qué en esta participación no se da un espacio a los representantes que son personas que están en el Congreso Nacional y que están permanentemente, en teoría, en contacto con sus comunidades recibiendo este input de ideas? ¿Por qué se parte descartando eso y se piensa que solamente la Asamblea Constituyente, sobre la que ni siquiera se conoce la metodología, es la vía? Personalmente creo que no es el camino.

Hay aspectos de la propuesta de la Presidenta cuya calificación va a depender de la forma en que se implementen. ¿Cómo va a ser este proceso de educación cívica? ¿Va a ser un proceso neutral que va a enseñar sobre las distintas alternativas o va a ir un paso más allá y va a mostrar cómo se quiere que se reforme una determinada institución, por algunos? Ahí creo que ningún partido político debe restarse del esfuerzo de asegurar que esto sea suficientemente plural.

Por otro lado, cuál va a ser la metodología de los cabildos. ¿Va a ser en base a monitores? ¿Va a ser en base a contenidos predefinidos? Nuevamente, es importante que nadie se reste para asegurar que este proceso sea efectivamente deliberativo, representativo y plural.

Después vienen las típicas desconfianzas. ¿Va a hacerse una síntesis de este conjunto de cabildos que se han producido a lo largo de todo Chile? ¿Quién va a hacer esa síntesis? ¿Va a ser una síntesis donde se va a articular, tomando las palabras de “El Otro Modelo”? ¿O va a ser un collage de distintas ideas, sin poder efectivamente dar la equalización entre una y otra? Porque lo del collage es muy simple: se toman las ideas y se traspasan a un documento. Pero eso no es un proceso y no es un proyecto de Constitución. La Constitución necesariamente debe recoger las distintas peticiones, pero debe articularse de una manera consistente, coherente. ¿Quién va a hacer, al final, el proyecto? Nuevamente, de la forma que se haga dependerá si éste ha sido un buen o mal modelo.

Para ir cerrando, me parece que de alguna manera se ha venido haciendo eco de un problema general, lo que ha causado la crisis de la representatividad. Se le ha atribuido un rol importante a esta crisis y a la crisis de confianza que existe a la Constitución. En lo institucional, el cuestionamiento al carácter representativo del Congreso Nacional –incluso para quienes lo formulan– va a desaparecer una vez que se termina el sistema binominal, lo cual va a ocurrir a partir de la próxima elección. Vamos a tener un Congreso que no tiene presencia del sistema binominal, salvo la mitad del Senado, que se renueva, como ustedes saben, por parcialidades.

Superado ese problema, creo que es la revitalización del Congreso el espacio donde dar esta discusión constitucional.

Los partidos políticos después del pronunciamiento de la Comisión Presidencial, van a tener que aumentar su democracia interna. Se están hoy día preparando para refichar o para determinar cuál es su número efectivo de inscritos. En consecuencia, los partidos van a ser el espacio natural para la expresión de la ciudadanía.

Si esto se involucra o no en el contexto de una nueva Constitución, como una institucionalidad que no participa en este debate por el hecho de existir una Asamblea Constituyente que se ha planteado como alternativa, yo diría que hemos cometido un grave error.



La institucionalidad democrática y el aprecio de las instituciones es justamente lo que va a permitir que esto sea un sistema sustentable. No es bueno si se avanza en la idea de deslegitimar al Congreso como entidad capaz de solucionar el problema constitucional que tiene Chile y en la que los partidos políticos son incapaces de formar ciudadanos, recopilar ideas, ecualizar distintas convicciones, sacarlas adelante, ser Gobierno, formar Gobierno, y también ser una oposición responsables. Si no ocurre una revalorización, nuevamente se verá afectada la democracia, por lo cual creo que hay que ser muy responsables en las expresiones que permanentemente se vierten y que van dirigidas muchas veces a hacerle daño a una institución, que creo, es básica para Chile

Gracias.

...Aplausos

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muchas gracias, profesor Avilés.

Frente a toda esta diversidad de ideas y posiciones tenemos un espacio para preguntas del público.

Se ofrece la palabra. Por favor, se individualiza y realiza su pregunta.

Primera pregunta.

SERGIO DONOSO: En realidad, me quedo con la idea de una crisis de representación y por los cambios que hay en el mundo en general, yo diría que es una crisis de la idea de democracia. Entonces, de alguna manera lo que se ha planteado tendría que partir un poco de cómo abordar esa idea de democracia. Como idea intuitiva uno ve que una de las soluciones que se ha encontrado es diseminar el poder. Por ejemplo, el Banco Central que sea autónomo hasta el Instituto Nacional de Estadísticas se dice que sea autónomo.

Entonces, quería preguntarles esa idea a los tres profesores si esa sería una manera de enfrentar esta crisis de la democracia, distribuyendo en forma más amplia el poder, de lo que ha sido la tradicional.

PROFESOR VÍCTOR MANUEL AVILÉS H.: Yo creo que usted plantea una cosa que siempre da vueltas, que es la creación de agencias como se llama en el Derecho anglosajón, autónomas, y parece que esta autonomía se traduce simplemente en poder pasar de un Gobierno a otro sin cambios radicales en su autoridades. Efectivamente hay agencias estatales donde esto es posible, porque son agencias de carácter técnico.

Sin embargo, nuevamente, en la idea de pensar que se combate la crisis de representatividad desmereciendo el rol de la política en alguna de estas agencias, creo que también es un error.

Hay agencias que efectivamente requieren un control político y me parece que eso es justamente expresión del sentir mayoritario. No estoy pensando en Impuestos Internos, pero me parece que otras que sí lo hacen necesario. Habría que ver caso a caso de qué agencia hablamos.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Profesora Horvitz.



Segunda pregunta

PROFESORA MARÍA INÉS HORVITZ L.: Mi pregunta va al profesor Zapata, que tiene que ver con algunas declaraciones que ha hecho en relación a este proceso constituyente y que me generan algún tipo de perplejidad.

Porque en definitiva si uno parte de la base de que hay que cambiar esta Constitución, porque tiene que tener mayor representatividad, mayor legitimidad, y se hace todo un proceso pausado en el tiempo, que recoge desde abajo, estamos hablando de down-top, todas las ideas a partir de una discusión, que presupone el reconocimiento de que los ciudadanos si bien pueden requerir algún tipo de educación, tienen el discernimiento y la capacidad de hacer propuestas que van en interés de la polis y de la comunidad ¿por qué, al final de este proceso se plantea la pregunta del plebiscito con un quórum tan alto, siendo que usted mismo dice que hay que terminar con esos quórums supramayoritarios, y que de alguna manera han constituido? Ésa es la gran crítica, por lo menos también del profesor Atria, de los súper cerrojos que tiene la Constitución, Constitución a la que siempre se le ha criticado la falta de representatividad y de legitimidad. Sin embargo respecto de esta otra, para el plebiscito que se propone, se plantea una regla de dos tercios, que no necesariamente debiera plantearse desde el punto de vista de nuestra Constitución. O sea, no es necesario, porque además estamos en el Capítulo 15, y resulta que uno podría plantear perfectamente una mayoría simple para hacer estas reformas.

O sea, a partir de eso, me gustaría saber cuál es su opinión y también me gustaría saber el planteamiento del profesor Atria al respecto.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muchas gracias.

Me gustaría que recibiéramos todas las preguntas, y después se emitieran las respuestas.

Tercera pregunta.

ADOLFO ESTRELLA: Soy sociólogo y me quería tomar del comentario del señor Avilés.

Algunos pensamos que el tema constitucional es tan importante, tan relevante, que primero no se la puede dejar en manos de expertos, ni mucho menos de constitucionalistas. Eso porque el tema de la Constitución es un tema social. La Constitución expresa muchas cosas, expresa visiones de economía, visiones de la cultura, visiones de muchos ámbitos sociales.

Desde ese punto de vista, la propuesta de una Asamblea Constituyente justamente es la propuesta de crear un espacio donde esas diferentes visiones, ese diferente modo de entender lo que es la forma de funcionar de la sociedad, tienen mayor capacidad de expresión. O sea, una Asamblea Constituyente no puede ser solo calificada porque es mejor definida en términos metodológicos.

Creo que es importante entender que la propuesta de la Asamblea Constituyente, primero no es un invento chileno. No tenemos el privilegio de haber inventado esa propuesta.

La construcción el diseño de nuevas constituciones ha sido, en muchos lugares, a través de asambleas constituyentes. Nuestros vecinos lo muestran de forma clara.

Entonces, no creo que haya que dejar de lado o desprestigiar esta idea de forma tan rápida, desprestigiar un proceso que tiene una serie de características virtuosas.



Primero, una Asamblea Constituyente ataca una base fundamental. Los que proponemos una Asamblea Constituyente estamos buscando aumentar los márgenes y las condiciones de la representación de aquellos que supuestamente van a hablar por nosotros. Una Asamblea Constituyente lo que busca justamente es intensificar los procesos democráticos de elección de los representantes. Una Asamblea Constituyente lo que está buscando es ampliar la capacidad de la sociedad que tiene de reflexionar y actuar de cierta manera. Entonces, no es una variante extraña, extravagante de las formas “tradicionales” o normales de desarrollar la democracia.

Cuarta pregunta

ASISTENTE: La pregunta es concreta. Si pueden vincular a este concepto, esta palabra que se repite día a día a partir del inicio del momento constituyente, la incertidumbre, sobre todo de los empresarios.

Es decir, de alguna manera implica no creer en la institucionalidad, no creer en la política, y de lo que se trata es justamente de revitalizar la política, de colocarla en el sitio que corresponde. Hay una especie de ninguneo de la política Pero el vincular el momento constitucional con esta incertidumbre, creo que poco contribuye a la discusión.

Quinta pregunta

No es tan retrógrado ni fundamentalista el quórum de los dos tercios. La Constitución de Estados Unidos mantiene los dos tercios. La Constitución política de Cuba mantiene los dos tercios, porque tiene que anticipar la asamblea popular. No es tan ajeno a la realidad mundial los dos tercios de quórum para reformar la Constitución.

La pregunta es ¿cómo puede un candidato independiente, de participación ciudadana, meterse en este juego?

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muchas gracias.

Vamos a dar paso a las respuestas.

Profesor Patricio Zapata.

PROFESOR PATRICIO ZAPATA L.: Tengo una restricción de tiempo que le planteé a la profesora García antes de llegar. Sin embargo, la invitación de la profesora Horvitz me seduce un montón.

Yo he tenido oportunidad de discutir con el profesor Atria en varias ocasiones sobre estos temas del procedimiento, el mecanismo. El próximo jueves, de hecho, los dos estamos invitados a presentar un libro en la Feria Chilena del Libro.

También voy a publicar un libro el 4 de diciembre sobre el tema. He ido como a 13 foros sobre el particular con el profesor Atria.

Honestamente, quiero referirme a dos cosas sobre el tema del panel de hoy día, y créanme que no es que sea cobarde sobre el punto, porque mi opinión ha sido pública. Entonces, no es que quiera correrme.

Es bien interesante que el profesor Atria nos pida que hagamos una mirada global, y creo que hay que hacerla. En ese sentido, no lo llamaría escepticismo su realismo preocupado que tiendo a compartirlo también, pero él plantea una cuestión profunda.



Lo que ha pasado con la primavera árabe, el intento de pueblos que no han podido vivir en democracia pluralista nunca y que lograron zafarse de distintos dictadores –en Egipto, Marruecos, Túnez, Libia– es bien interesante, porque uno podría pensar que ahí hubo toda la movilización social imaginable, todo el coraje, todo el idealismo. Las redes jugaron un papel, Internet, las comunicaciones, lograron sacar a los dictadores, a veces con ayuda de la OTAN, pero lograron sacar a los dictadores. ¿Pero qué es lo que explica que cinco o seis años después –salvo Túnez, para que no sea tan desolador el panorama– uno podría decir por qué eso es distinto a lo que pasó en países como Sudáfrica que hicieron su transición problemática o como Chile?

Pienso que los partidos políticos entendidos como organizaciones que convocan a personas con un pensamiento más o menos parecido, teniendo clara la distancia y la brecha entre la realidad cotidiana y este ideal, siguen jugando un papel muy decisivo para poder transformar los sueños y las energías de millones en la difícil y compleja tarea de hacer operar una democracia en el día a día. La Hermandad Musulmana en Egipto no tuvo esa capacidad, no transformó en instituciones su accionar. El Congreso Nacional Africano fue tanto o más importante que Mandela.

Los partidos políticos chilenos fueron claves para recuperar la democracia. Fue clave la movilización social. Fue clave el movimiento sindical. Pero los partidos políticos fueron claves para hacer puente. Si no hubieran existido en todo el territorio esas estructuras, si no hubieran estado ahí para el plebiscito, para fiscalizar, para dar la lucha, creo que no habríamos tenido una transición. Entonces, los partidos políticos siguen jugando un rol.

En el segundo argumento de contexto internacional, seguimos preocupándonos de autonomías como la de los tribunales constitucionales, los bancos centrales, pero yo diría que después del 2008 en Europa y después de 1999 en América Latina, no es que esa preocupación haya desaparecido, pero tenemos que hacernos cargo de que algo ha cambiado.

Rosanvallon ha escrito un libro sobre la legitimidad democrática del 2006, y las cosas de las que él habla tienen mucho que ver con diseñar instituciones con imparcialidad, descentralización. Hoy día, cuando uno toma cualquier libro de Derecho Público en Francia, los temas son participación. Son otros temas, porque el 2008, no nos hemos dado cuenta, es el 29. La significación político-económica, ideológica y cultural para los pueblos que vivieron durante 40 años de ascenso económico social de condición, una tranquilidad, una estabilidad, ahora eso se ve sacudido, trizado por un desastre económico y la desconfianza en quienes se suponía que iban a garantizarte a ti, porque las desconfianzas tienen que ver con fracasos, con traiciones.

No solo hubo un quiebre en los españoles, los griegos, los franceses, los italianos, en América Latina también hubo un quiebre respecto de las cosas que hablábamos el 95, el 96, 97 y lo que hablamos ahora. Y eso no tiene que ver necesariamente con Jaime Guzmán o con Pinochet, tiene que ver con cosas que están pasando ahora en el planeta. Creo que tenemos que hacer nuestro debate constitucional pensando en los problemas que estamos enfrentando hoy día.

Aquellos de nosotros cuyo constitucionalismo es naturalmente, por las razones que sea, más girondino que jacobino, quizás muy preocupado de los balances, de los equilibrios, de la limitación, preocupado que no haya abuso de poder, tenemos que estar dispuestos a entender que aquí necesitamos darle una mayor fuerza a la dimensión plebeya de pueblo, porque es una necesidad, es una demanda efectiva y real. Tenemos que hacerlo. A eso me refería cuando hacía esa introducción.

Y de verdad me encantaría hacer la discusión. Lo que sí quiero decir es lo siguiente. Creo que la Presidenta de la

República encontró la manera de articular algo que era difícil de articular, y va a permitir que nosotros podamos elegir entre distintas maneras de preparar un proyecto de nueva Constitución.

A mí en lo personal me parece una buena fórmula. Yo no quisiera entrar ahora en el detalle, porque necesariamente nos vamos a poner a discutir.

Muchas gracias a los comentaristas por acompañarme hoy día.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Profesor Atria.

PROFESOR FERNANDO ATRIAL: Quiero decir algo respecto a las preguntas y después comentar lo que ha dicho ahora el profesor Zapata y lo que dijo el profesor Avilés.

Lo primero que quiero es referirme a esta idea de que el anuncio presidencial daña al Congreso, daña al Congreso, porque la Presidenta le habría dicho al Congreso que lo que le va a pedir, porque es el anuncio de un proyecto que le va a enviar, va a ser un proyecto sobre que el Congreso adopte una decisión respecto del modo ulterior de una nueva Constitución, que no le va a corresponder al Congreso. ¡Que la Presidenta opine eso, eso no daña al Congreso! No veo por qué lo va a dañar. El Congreso tendrá que decidir, y yo soy bien escéptico a lo que vaya a decidir por dos tercios, pero tendrá que decidir lo que tenga que decidir.

Lo que sí daña al Congreso, y esto es lo que a mí me sorprende, que nadie haya salido en defensa del Congreso, que alguien podría decir qué se ha creído que es la Presidenta para venir a decirle al Congreso cuál es el quórum con que tiene que aprobar el proyecto que le va a mandar. Ésa es una atribución del Congreso.

Pero esto lo que muestra es que quienes plantean la defensa del Congreso, en realidad no es defensa del Congreso, es una defensa de la Constitución. Quienes creen que la neutralización constitucional no puede ser impugnada, entonces celebran los dos tercios, pasan piola; no notan que el desaire al Congreso en el anuncio presidencial no está en que la Presidenta haya dicho cuál es el proyecto que va a enviar, y el Congreso verá que hace. El desaire está en que la Presidenta haya instruido al Congreso respecto de cómo el Congreso tiene que aprobar ese proyecto. Eso creo que es insólito. A mí me pareció insólito. Pero está pensado por una manera de proteger la neutralización.

A pesar de todas las veces que nos hemos encontrado con el profesor Patricio Zapata, yo nunca he escuchado un argumento que explique por qué, para modificar el Artículo 15, que es el que impide que se hagan plebiscitos por ley, por ejemplo, porque dice que sólo habrá elecciones y plebiscitos en los casos expresamente previstos por la Constitución no se puede hacer por 3/5.

¿Cómo modificar esa regla para que la regla diga: previstos en la Constitución y en la ley? ¿Por qué eso sería que no se puede hacer por 3/5, que es lo que indica el artículo 127? Lo dice literalmente. Yo nunca he entendido, nunca he escuchado una razón.

Bueno, también se lo escuché al profesor Avilés y al profesor Zapata.

En otros casos son descalificaciones, atajos, pillerías, avivadas. El Ministro del Interior dijo atajos raros. Esos no son argumentos. Yo nunca he escuchado ¿por qué es una pillería, un atajo, que el Capítulo 2 de la Constitución se modifique por 3/5 de los votos, cuando el Artículo 117 de la misma Constitución dice que el Capítulo 2 se modifica por 3/5 de los votos?



Hay un argumento distinto. Hay ciertos plebiscitos que tienen un efecto, por así decirlo, de pleno derecho. El que está previsto hoy día, para el caso de que el Presidente y el Congreso están de acuerdo, y el Congreso insiste y el Presidente no quiere promulgar la reforma constitucional, si gana el Presidente, el proyecto queda vetado y queda excluido, y si gana el Congreso, o sea si se aprueba la reforma, eso obliga automáticamente a la Contraloría a promulgar la reforma constitucional. Eso es un efecto de pleno derecho. Pero los plebiscitos no tienen por qué tener efectos de pleno derecho.

Si hubiera un plebiscito que de pleno derecho modificara el texto constitucional, yo diría es verdad, ese plebiscito es parte del Capítulo 15 y requiere de dos tercios de los votos. Pero un plebiscito que no tiene efectos de pleno derecho, que es un plebiscito cuya única función es promover una discusión pública y darle urgencia y prioridad política a un tema, uno podrá querer que no haya, uno podrá decir que malo porque es top-down o de arriba hacia abajo. Uno podría decir todas esas cosas, pero yo no veo un argumento, nunca he visto un argumento para decir que es un atajo o una pillería hacer ese plebiscito, reformar el Artículo 15 para permitir ese plebiscito por 3/5. Esto no ha sido una discusión, porque no ha sido un intercambio de argumentos.

Respecto de los 2/3, eso es un punto importante, porque es efectivo que hay muchas constituciones que son tan difíciles de modificar como la chilena.

No deja de ser interesante que la Constitución de 1925 fue mucho menos reformada que la Constitución de 1980, y era mucho más fácil de reformar. No sé cuántos de ustedes lo saben. La Constitución de 1925 podía ser reformada en cualquiera de sus artículos por lo que hoy día no alcanza para una pinche Ley Orgánica Constitucional, por la mayoría absoluta de sus Senadores y Diputados en ejercicio. Eso bastaba para reformar cualquier parte de la Constitución, y durante la vigencia de la Constitución de 1925 se dictaron 10 leyes de reforma constitucional. Una de ellas, por ejemplo, sobre un tratado de doble nacionalidad con España, o sea, importantes, algo así como cinco en casi 50 años. Nosotros llevamos como 40 reformas constitucionales en la mitad del tiempo, y con un requisito mucho más exigente.

Entonces, la cosa no es mecánica. Hay aquí una pregunta interesante, porque esto normalmente se usa como argumento para decir bueno, ya, la Constitución ha cambiado tanto. La pregunta es interesante ¿Por qué la Constitución sigue creando el problema que crea, a pesar de que se ha modificado? Si alguien sabe el dato me gustaría saberlo, pero la actual Constitución debe ser de los textos legales más modificados del sistema jurídico chileno. Pocos otros textos han sido tan modificados.

Sin embargo hay dos cuestiones que eso plantea. Primero, cómo es que el texto que es más difícil de modificar, se ha modificado más. Segundo, cómo es que a pesar de todas esas modificaciones, seguimos discutiendo sobre nueva Constitución. Yo diría que la respuesta a las dos preguntas es la misma: el sentido de esos quórums es dar veto.

Entonces, en la Constitución hay muchísimas cosas que no deberían estar en la Constitución, y están protegidas por veto. Y claro, a medida que pasa el tiempo hay que ir cambiando algunas cosas y el que tiene el veto decide.

Uno no puede discutir sobre los dos tercios en abstracto. Noten ustedes cuál es el argumento para los dos tercios. El argumento es que la Constitución tiene que ser de todos. En el lenguaje un poco de CBX, que se ha generalizado hoy día, el lenguaje es la casa común, etcétera. Por eso entonces no puede ser una mayoría circunstancial, como si en teoría democrática o en la lógica democrática hubiera mayorías que no son circunstanciales.

En fin, no puede ser una mayoría circunstancial, tiene que ser una gran mayoría que dé cuenta de un gran consenso para que la Constitución sea nuestra.



Ahora, vean ustedes lo que ocurre cuando los dos tercios se plantean en el procedimiento de reforma constitucional. Lo que define a la reforma constitucional, más allá de todas las formalidades, lo que define a la reforma constitucional es que es un proceso en que se deben satisfacer ciertas condiciones, usualmente difíciles, y que si no se satisfacen, lo que existe hoy día continúa.

La reforma supone que si no se alcanzan las condiciones para reformar, lo que existe continúa. Entonces, en reforma constitucional, dos tercios no significan que la Constitución va a ser común, la casa de todos, etcétera. Lo que significa es que un tercio más uno puede vetar.

Es decir que la Constitución que existe hoy día se va a mantener mientras cuente con el apoyo de un tercio más uno. Es precisamente lo contrario de lo que dice el discurso.

¿En qué condiciones el discurso tiene razón? El discurso tiene razón cuando es nueva Constitución –esto lo dijo Lagos que se equivocó el 2005 pero reculó después y esto solo para ilustrar el argumento– dijo que la discusión tiene que ser desde una hoja en blanco.

Porque piensen ustedes la diferencia que hace que la regla de 2/3 se aplique a un procedimiento que partimos desde una hoja en blanco. Y la regla sería nada llegará a estar en la Constitución a menos que cuente con el respaldo de 2/3 de los votos del órgano que sea, Asamblea Constituyente, Congreso y ésta es otra discusión. Nada va a llegar a estar en la Constitución a menos que cuente con el respaldo de los 2/3 votos.

Todo el que defiende los dos tercios genuinamente, porque le importa que la Constitución sea común y nuestra, debería defender 2/3 para la nueva Constitución y debería estar en contra de los 2/3 para la reforma constitucional, porque eso lo que hace es garantizar que la Constitución no va a ser igual. Y todo esto, noten ustedes, toda la discusión sobre los dos tercios, cuando se defienden o atacan los dos tercios, ignora completamente esta circunstancia, si es 2/3 en reforma o 2/3 en nueva Constitución, y cambia todo. Entonces, la pregunta es ¿cómo podemos estar discutiendo de todas estas cosas por todo este tiempo, y que esto que es lo importante, nunca haya salido a la luz?

Yo creo que algo pasa con nuestra discusión, que le daría la razón a Carl Schmitt de que ya en nuestra época la discusión es una ingenuidad.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Profesor Avilés.

PROFESOR VÍCTOR MANUEL AVILÉS H.: Adolfo, todo lo que tú dices que se espera de una comisión, de una Asamblea Constituyente, creo que puede perfectamente lograrse a través de otro tipo de actividades, y la propuesta presidencial de alguna manera las contempla, pero no necesariamente es la llamada a hacer la voluntad final la de la Asamblea Constituyente la que apruebe el texto. Creo que ahí la idea de democracia representativa puede revalorizar el rol del Congreso.

Con respecto a la incertidumbre, efectivamente mucha gente tiene que tomar decisiones responsables de largo plazo y quiere conocer las reglas. En Chile pasa que la Constitución es incidente, importa, se cumple. Si la Constitución fuera meramente nominativa sería poco real y nadie estaría preocupado.

Ahora, como yo sí creo que es importante meterse en el debate constitucional y pensar seriamente en el perfeccionamiento



institucional, la principal incertidumbre que tendría sería ¿qué pasa si no se hace nada? ¿Qué pasa si seguimos acá? ¿Cómo van a venir los cambios? Bueno, los cambios pueden venir. De hecho, eso me llama justamente a sumarme a este proceso de discusión constitucional.

Profesor Atria, con mucho respeto, tú lo dijiste citando a alguien, y yo te digo que no porque no comparte el argumento no quiere decir que no exista. Mirado sustantivamente, creemos que un plebiscito vía modificar el Capítulo Segundo, que efectivamente tres quintas partes de los Senadores y Diputados en ejercicio, orientado finalmente a una reforma o a una nueva Constitución, sustantivamente está entrando a modificar la forma que está en la Constitución prevista para que se modifique la Constitución.

Ahora, si tú me dices que modificar una Constitución no es lo mismo que una Constitución nueva, yo tendré que nuevamente decirte que una nueva Constitución es el grado superlativo de una modificación constitucional. En consecuencia, ya está regulado también por el Capítulo 15. Por lo mismo creo que sustantivamente modificar el Capítulo Segundo, para establecer un plebiscito encaminado, desde algún mecanismo, que en alguna etapa va a llevar a una nueva Constitución, es burlar una regla constitucional.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muchas gracias a los panelistas y a los asistentes.

...Aplausos



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Una gran conversación por

CHILE

Proceso constituyente y
nueva constitución política



CAPÍTULO XVI / SESIÓN 29 DE OCTUBRE DE 2015

FORMA DE GOBIERNO PRESIDENCIAL





FORMA DE GOBIERNO PRESIDENCIAL



SESIÓN 29 DE OCTUBRE DE 2015

Expositor:

- *Profesor Carlos Huneeus M.*

Comentarios:

- *Profesor Lucas Sierra I.*
- *Profesor Francisco Soto B.*
- *Moderadora: Profesora Ana María García Barzelatto.*

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Buenas tardes, vamos a dar inicio a este panel que se refiere al régimen presidencial. Tradicionalmente, en Chile ha existido el régimen presidencial, pero últimamente se han alzado voces señalando que este es un régimen con un Ejecutivo que concentra demasiadas atribuciones y se ha hablado incluso de la conveniencia de avanzar hacia un régimen semipresidencial.

Sobre esta materia expondrá el profesor Carlos Huneeus y los comentarios estarán a cargo de los profesores Lucas Sierra y Francisco Soto.

El profesor Carlos Huneeus Madge es Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile, obtuvo el grado de Master en la Universidad de Exess en Gran Bretaña, y Doctor en Ciencia Política por la Universidad de Heidelberg. Fue designado Embajador en Alemania, cargo que ejerció entre los años 1990 y 1994. Actualmente es profesor titular del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile y Director General del Instituto de Sondeos de Opinión, en el Centro de Estudios de la Realidad Contemporánea, más conocido como CERC. Es autor de varios libros y artículos sobre diversas materias de su especialidad, como son los regímenes políticos, partidos políticos, democracia y su último libro, es La Democracia Semisoberana.

Tiene la palabra el profesor Huneeus.

PROFESOR CARLOS HUNEEUS M.: Agradezco a la profesora Ana María García por la invitación a exponer en este ciclo de conferencias y la felicito por la iniciativa, que restablece la tradición de Facultad de Derecho de participar en los grandes debates de reformas legales y constitucionales, suspendida hace algunos lustros.



FORMAS DE GOBIERNO PRESIDENCIAL.

La etapa constituyente convocada por la presidenta Bachelet es una muy buena oportunidad para producir este reencuentro.

Es la hora de los juristas y los científicos políticos, no de los economistas, pues se trata de preparar una nueva Constitución.

Chile debe ser, probablemente, la única democracia en el mundo que tiene una Constitución impuesta por una dictadura y conserva recursos institucionales propios del modelo de democracia protegida y autoritaria que guió a los constituyentes de 1980.

Ésta no es la única justificación para definir el contenido de la nueva carta fundamental.

También está la práctica de un cuarto de siglo de democracia para preguntarse por la vigencia de algunas de sus instituciones, evaluación que debe tener en cuenta nuestra larga tradición democrática, con una trayectoria de continuidad de presidencialismo solo superada por los EE.UU y que tendría Uruguay.

El proceso constituyente se inicia en un difícil contexto político, definido por:

a) *crisis de representación, con la caída de la participación electoral por debajo del 50% del padrón electoral. Este no es un proceso generalizado en América Latina, en Perú participó un porcentaje más alto de votantes que en las primeras elecciones después del régimen militar de Velasco y Morales Bermúdez (1968-1980);*

b) *bajísima confianza en las instituciones y en las élites, no solo políticas;*

c) *severo debilitamiento de los partidos, su fragmentación que les impide cumplir debidamente sus funciones;*

d) *problemas en el sistema económico, que debilitan la legitimidad del sistema democrático, en que destacan:*

- *enormes desigualdades y concentración de la riqueza, que daña el principio democrático de la igualdad política de un hombre, un voto.*

*Los “notables económicos”, como llama Robert A. Dahl al 0,1% de la población, reúnen el 13,75% de la riqueza nacional de acuerdo al SII (Engel, 2013)¹, cinco veces más, repito, cinco veces, el porcentaje que tenía esa minoría en los EE.UU. a fines de los años cincuenta, cuando el gran catedrático de la Universidad de Yale escribió su libro **Who governs**, pues tenían apenas al 3,2% (Bartels, 2008: 1),*

- *empresarios politizados, que no se encuentran con sindicatos fuertes, que estén en un plano de igualdad, sino que son muy débiles, lo cual aumenta su poder en el sistema político y que miraron con desconfianza la democratización, cuidando la defensa de sus intereses, una actitud muy distinta a la que tuvieron en el Brasil después del régimen militar (1964-1985) (Cardozo, 1988) y de la dictadura Argentina del “Proceso” (1976-1983), que apoyaron el proceso democrático (Novaro y Palermo, 2003).*

1. Se usa la información del Servicio de Impuestos Internos (SII).



Sin embargo, estas dificultades también tienen un lado positivo, que favorecen el proceso constituyente: **no hay un partido o coalición de partidos que esté en mejores condiciones para beneficiarse de los cambios**. Ello ocurrió en Argentina en 1994, cuando el presidente Menem promovió una reforma constituyente que incluía su reelección, que le permitió continuar en la Casa Rosada por otro período de cinco años (Novaro, 2009).

III Proceso constituyente es oportunidad para que la Universidad de Chile promueva un debate sobre los contenidos de la nueva carta fundamental. Para el tema de hoy, hay varios temas que debieran discutirse y que me permitido enumerar para el tema que se me ha pedido exponer.

¿Es tan poderoso el Presidente que sea necesario aumentar las atribuciones del Congreso en desmedro del Ejecutivo?

¿Es un Presidente fuerte?

¿Se justifica mantener la prohibición de la reelección inmediata del presidente y acaso es beneficioso permitirla para el periodo subsiguiente?

¿Qué argumentos justifican conservar el bicameralismo, más allá de su legitimidad histórica? La segunda cámara ha sido establecida en los estados federados, que no lo es el de Chile. ¿No sería más “eficaz” tener una sola cámara, que concentra la función legislativa?

Los cambios constitucionales desde 1989 han establecido un bicameralismo extremadamente asimétrico a favor del Senado. La práctica de las grandes reformas ha sido que el Senado fue el órgano deliberativo y decisorio clave. ¿Por qué no dar un paso más y convertirlo en la cámara única, de 120 senadores?

¿Debe la Constitución reconocer las funciones de los partidos o mantener las prohibiciones establecidas en Artículo 19, N.º 15?

¿Por qué ninguna reforma impulsada desde 1989 propuso eliminar esa aberrante disposición? ¿Por qué no está planteado por las propuestas de reforma constitucional y los debates sobre ella?

Volveré sobre este punto, el descuido hacia los partidos, al final de mi exposición.

La variedad de temas y la brevedad del tiempo me obligan a concentrarme en tres materias, admitiendo que cada una de ellas tiene una gran complejidad.

En primer lugar, el **poder presidencial**, sus dimensiones e implicancias.

Argumentaré que el Mandatario es menos poderoso que lo que sostienen distinguidos científicos políticos y constitucionalistas, que lo consideran demasiado poderoso y proponen disminuir sus atribuciones a favor del Congreso.

En segundo lugar, analizaré el **semipresidencialismo**, un subtipo del régimen de gobierno presidencial que se ha implantado desde los años 90 en numerosos países del mundo y diferentes regiones, y ha sido propuesto para Chile en el pasado (Grupo de Estudios Constitucionales, conocido como “Grupo de los 24”) y en la actualidad (Propuesta del PDC) ².

2. Se encuentra en <http://www.tuconstitucion.cl/documentos/>



Diré que es una alternativa posible, pero que requiere aclarar (1) qué variedad de semipresidencialismo se propone, y (2) su importación debe considerar su vigencia en los casos exitosos (Francia, Finlandia), pero también los fallidos (Polonia, Haití, Perú).

En tercer lugar, me referiré al **sistema de partidos**, cuya fragmentación y debilidad actual es muy perjudicial para el desarrollo político y la gobernabilidad de la democracia.

1 ¿CUÁN FUERTE ES EL PRESIDENTE DE CHILE?

La interpretación dominante de nuestra forma de Gobierno es tener un Presidente extremadamente poderoso, pero ello se apoya en una lectura de sus amplias facultades constitucionales³.

Sin duda que el Presidente es el eje del sistema político, pero su poder se basa no sólo en la Constitución, sino también en otros factores políticos, que definen una realidad más compleja.

En términos constitucionales, el Presidente es muy fuerte porque reúne las funciones de Jefe de Estado y de Gobierno.

Dispone de poderosos recursos constitucionales para influir en el proceso legislativo, desde la iniciativa exclusiva, hasta las urgencias, el veto y las insistencias.

Pero, ¿quiere ello decir que el Congreso no introduce cambios a los proyectos presentados por el Ejecutivo?

No se puede dar una respuesta clara, para lo cual se necesita realizar una comparación de los proyectos de leyes y los textos aprobados por el Congreso, exigiendo un esfuerzo interdisciplinario amplísimo y complejo de juristas y politólogos.

No existen estudios sistemáticos sobre ellos, ni siquiera en el parlamentarismo, como ha advertido Klaus von Beyme (1998,2000), el principal estudioso de esta forma de Gobierno.

Junto a estos poderes formales se agregan los informales, que refuerzan su posición, como el acceso a los medios de comunicación, que le permiten influir en la opinión pública y marcar la agenda del proceso político.

Presidentes populares tienen mayor poder que aquellos que son impopulares.

La lectura del poder presidencial de acuerdo a la Constitución que hacen los partidarios del mandatario todopoderoso da la impresión como si éste se encontrara solo en el sistema político y actuara sólo.

No se encuentra solo, sino que junto a otras instituciones, el Congreso, la más importante, y otras que limitan su poder –Banco Central– o lo controlan (Contraloría, Tribunal Constitucional, que forman parte de la *accountability* horizontal del sistema político (O'Donnell, 2007).

Las decisiones del Tribunal Constitucional tienen repercusiones en la labor del Gobierno.

3. La literatura especializada resalta este hecho, aunque sin un examen cuidadoso del texto constitucional. Shugart y Carey (1992 tabla 8.2, p. 154) califican al presidente de Chile como el más poderoso de los presidencialismos considerados en su estudio, porque tendría la facultad de disolver el congreso. (El otro caso era Paraguay). Sin embargo, esa facultad fue eliminada por la reforma constitucional de 1989. Siavelis (2002; 2006) sigue una interpretación similar).



Una sentencia detuvo la modernización del Ministerio de OOPP al detener el proyecto de ley del Gobierno del Presidente Frei Ruiz-Tagle que daba mayores remuneraciones al personal que cumplía “funciones críticas”.

Esta era una iniciativa necesaria para llevar adelante el programa de concesiones de construcción de obras de infraestructura, que llevaría a buscar un atajo que no se apegó a la ley y condujo al escándalo MOP-GATE.

La Constitución es la principal fuente de la autoridad del Presidente, pero no es la única que define su poder, siguiendo la distinción de Weber entre el concepto de autoridad (*Herrschaft*) y poder (*Macht*), que he analizado en otro lugar (Huneus, 2012).

La carta fundamental proporciona una similar autoridad, pero cada Presidente alcanza un distinto grado de poder según sus capacidades para emplear los recursos constitucionales y políticos⁴.

Esto depende del liderazgo, es decir, sus habilidades para emplear esos recursos, que son formales e informales (Greenstein, 2000; Nye, 2008).

Los Presidentes tienen distintas habilidades de liderazgo, entre las cuales destacan las políticas: elegir a sus colaboradores y dirigir su labor, lo cual tiene repercusiones en su poder.

Este es un requisito de enorme importancia porque el Presidente no actúa solo, sino que lo hace especialmente a través de sus ministros (Huneus, 2005; 2014).

Y los ministros pueden tomar decisiones que dañan el poder del Presidente.

Pienso en los económicos durante el Gobierno del Presidente Allende y las decisiones del titular de Hacienda durante el de Frei Ruiz-Tagle frente a la crisis asiática en 1998/99 y de Lagos ante la crisis rusa de 2000, que no activaron la economía, dañando su popularidad.

Los ministros, todos sabemos, diría el Rector Peña, no tienen un poder homogéneo.

Sobresale el de Hacienda, cuyo Ministro cuenta con decenas de asesores que le ayudan a tomar decisiones, y dispone de una poderosa organización que le apoya –la Dirección de Presupuesto–, que en los EE.UU. pertenece a la presidencia y no al Secretario del Tesoro.

Importantes ministerios tienen una dirección muy débil, como Salud o Educación, que limitan el poder del Ministro para preparar e implementar políticas y, con ello, la eficacia de carteras cuyos resultados influyen en la popularidad del Presidente.

El Presidente ha visto reducido su poder para nombrar a autoridades del Estado, que debe hacer de acuerdo con el Senado (Huneus y Berrios, 2004).

Más aún, numerosos funcionarios de su confianza debe hacerlo a través de la Alta Dirección Pública, a través de un concurso público de antecedentes, debiendo optar entre una terna de profesionales.

El Presidente también está limitado en su poder por la cultura cívica.

4. Hasta los dictadores tienen límites al poder, como argumentó Peterson (1969) y desarrollé este planteamiento en mi libro sobre el régimen de Pinochet (Huneus, 2000).



La desconfianza en los políticos y las instituciones políticas, que la caracteriza, ha llevado a legisladores y presidentes a esquivar decisiones que los antagonicen con la población, pero son indispensables para el buen desarrollo político y económico.

Se prefiere atender “las cosas concretas de la gente”.

En una palabra, el Presidente en Chile no es poderoso, que obligue revisar su autoridad y no estamos frente a un Congreso débil, aunque es asimétrico a favor del Senado.

Si se quiere reducir el poder discrecional del Presidente (y el poder clientelístico del Gobierno y de los partidos) se debiera avanzar hacia el establecimiento de una administración pública profesional y que tenga una alta autonomía, con una carrera funcionaria que alcance las altas posiciones de los ministerios, como ocurre en las democracias avanzadas.

En Chile se ha evitado este camino por factores ideológicos –una visión neoliberal de la economía, que desplaza al Estado a funciones reducidas (seguridad interna y externa)– y por el rechazo de parlamentarios y dirigentes de los partidos, que verían amenazado su poder de patronage.

En consecuencia, las reformas al Gobierno presidencial no debieran apuntar a disminuir el poder del Mandatario, para entregarle más atribuciones al Congreso, sino más bien dirigirse a considerar su organización y el período de duración– cuatro, cinco o seis años.

Además, debe promoverse una discusión sobre mantener la prohibición de reelegir al Presidente.

La reelección tras un mandato tiene consecuencias negativas, pues el Mandatario orienta su labor para preparar su regreso a La Moneda, cuidando su popularidad, especialmente al final de su mandato.

Este debate no debe estar contaminado por las experiencias de reelección en América Latina, propias de democracias delegativas, sino considerando las exigencias de nuestra trayectoria democrática.

2. EL SEMI-PRESIDENCIALISMO

Entre las posibilidades de cambio de nuestra forma de Gobierno se ha planteado el semipresidencialismo, un concepto acuñado por un periodista del periódico *Le Monde* para referirse al sistema político francés y desarrollado luego por el jurista y politólogo Maurice Duverger (1986), que ha tenido una enorme influencia.

Usamos la definición de semipresidencialismo que formuló Robert Elgie: aquel sistema político en que un Presidente, elegido por el pueblo y por un período fijo, se encuentra junto a un Primer Ministro y un gabinete responsable ante el Congreso

Hasta fines de los años 80, sólo siete países tenían un régimen semi-presidencial: Finlandia, desde 1919, Irlanda, Islandia, Corea del Sur, Francia, desde 1962, Austria y Portugal desde 1982. Anteriormente lo había tenido la República de Weimar (1918-1933).

Esta situación cambió con las democratizaciones en África, pues numerosos países lo adoptaron, especialmente ex colonias de Francia y Portugal.



También influyó el desplome de la Unión Soviética y de Yugoslavia, que llevarían a la creación de varios estados, que llevó al surgimiento de 19 países con semipresidencialismo.

Si contamos las democracias, habría 41 países con semipresidencialismo (Elgie cuenta 53, pues incluye países no democráticos).

Elgie y sus colaboradores (2011A) auguran que ese número aumentará.

¿Será Chile uno de ellos?

El Grupo de Estudios Constitucionales (Grupo de los 24) lo consideró como una alternativa para después del régimen de Pinochet.

Sin embargo, cuando se inauguró la democracia, la idea fue abandonada.

Había cuatro ministros y el vicepresidente del Grupo era el Presidente de la República.

Mostró una realidad, que da cuenta de las complejidades para su adopción: los ministros vieron más cómodo cuidar la relación con el Presidente y no depender de la confianza del Congreso.

Lo mismo debe haber considerado el Primer Mandatario.

La introducción del semipresidencialismo requiere responder varias preguntas, comenzando por el tipo, pues no hay consenso en la definición, Sartori (1994), por ejemplo, afirma que debe haber una autoridad dual, del Presidente y el Primer Ministro, y Juan Linz, no la considera.

En segundo lugar, la práctica semipresidencial es muy heterogénea.

Lo había advertido Duverger (1980), que distinguió **tres tipos**, según el poder del Presidente:

- *tres tenían un Mandatario que era una figura decorativa (Austria, Irlanda e Islandia),*
- *un país con un Presidente muy poderoso (Francia)*
- *tres con un equilibrio entre el Presidente y el Gobierno (la República de Weimar, Finlandia y Portugal).*

En tercer lugar, el semipresidencialismo se complejiza según la mayoría parlamentaria: si el Presidente tiene mayoría y habrá un “Gobierno unido”, o carece de ella, un “Gobierno dividido”.

En este segundo caso, habrá una “cohabitación”, pues el Presidente tendrá un jefe de Gobierno de un partido de la oposición con el cual deberá entenderse. Este no era el escenario imaginado por los constituyentes de 1958 en Francia.

En cuarto lugar, también advertido por Duverger (1980), hay distintos escenarios cuando el Presidente encabeza un Gobierno de partido único, como lo tuvo de Gaulle, o si es uno de coalición, como ocurrió con Mitterand, que gobernó con el PS y los comunistas en su primer mandato.

En el segundo caso, es más compleja la formación del gabinete y conseguir la confianza del parlamento.



Yu.Shan-Wu (2011, tabla 2.3) distingue **cuatro subtipos**.

1. Uno “cuasi parlamentario”, en el cual el presidente forma el gobierno con el parlamento y con la oposición cuando no la tiene. Es el caso de Islandia.
2. De “alternancia”: el Presidente, cuando tiene mayoría parlamentaria, designa como jefe de Gobierno al líder del partido que le apoya o a uno de la oposición, cuando no la tiene, debiendo recurrir a la cohabitación. Es el caso de Francia, que ha recurrido en tres ocasiones a la cohabitación.
3. De **compromiso**, una variante del anterior: el Presidente y el líder de la mayoría distribuyen los puestos en el gabinete y/o dividen el Poder Ejecutivo. Fue el caso de Polonia cuando Lech Walesa fue Presidente.
4. La **supremacía del Presidente**, en que designa al Primer Ministro y forma el gabinete, tenga o no mayoría parlamentaria. Es el caso de Rusia.

Para mí, este caso es discutible de “semi”-presidencialismo, especialmente con el señor Putin como Primer Mandatario o Primer Ministro.

Esto demuestra la importancia del leadership en la orientación que adquiere el sistema político.

En consecuencia, el debate sobre la posible adopción del semipresidencialismo debe considerar no sólo las disposiciones constitucionales que la definen, sino también la práctica política de decenas de países.

Esta última está formada no sólo por países exitosos (Austria, Finlandia, Francia, entre otros) pero también fallidos, como la República de Weimar, Haití y Perú (Tuesta, 2008) en América Latina.

Los accidentados desarrollos en Polonia, Rusia y Ucrania también deben ser considerados, que muestran el enorme poder del Presidente, que dan cuenta más de un presidencialismo y no de un semipresidencialismo.

Se podría argumentar que Chile ha dado pasos que favorecen el tránsito hacia el semipresidencialismo por las reformas que han disminuido el poder del Presidente y han fortalecido el del Senado.

Se ha acentuado un bicameralismo asimétrico en beneficio de la Cámara Alta

Durante la Constitución de 1925 el Senado aprobaba el nombramiento de los embajadores, que daba origen a negociaciones que no siempre terminaban con la aprobación de la propuesta del Presidente, y de los altos oficiales de las Fuerzas Armadas, que se hizo con discreción.

La Constitución de 1980 eliminó la primera facultad que tenía el senado y se la entregó al Presidente, mientras que la segunda quedó entregada al Comandante en Jefe de la respectiva institución, para encapsular a los militares del poder político.

Posterior reformas constitucionales y legales fortalecieron aún más el poder del Senado, al permitirle intervenir en la designación de altos funcionarios del estado y del poder ejecutivo.

Hasta 1990, el Senado solo participaba en la elección de los cinco consejeros del Banco Central, que goza de autonomía constitucional, y del Contralor General de la República, la principal institución de la accountability horizontal.



También interviene en la designación del fiscal nacional y de los ministros y fiscales de la Corte Suprema.

La reforma constitucional de 2005 entregó al Senado la facultad de nombrar a cuatro de los diez ministros del Tribunal Constitucional, dos de los cuales deben ser previamente nominados por la Cámara de Diputados.

Reformas legales han fortalecido aún más este poder de designación del congreso. Una estableció que los diez integrantes del Consejo Nacional de Televisión son elegidos por el Senado.

También interviene en la designación del Directorio de Televisión Nacional, la televisión pública,

La reforma del 2003, que creó el Servicio Civil, dirigido por el Consejo de Alta Dirección Pública (CADP), presidido por una persona de confianza del presidente e integrado, además, por cuatro consejeros nombrados con acuerdo del Senado, exigiendo para ello un acuerdo con la oposición.

Esta ley disminuyó el poder del Presidente para designar las autoridades superiores de numerosas instituciones del Poder Ejecutivo, como el Registro Civil, la Fiscalía Nacional Económica, el Servicio Nacional del Consumidor, entre otras.

Ello debe hacerse a través de un concurso público de antecedentes, con una convocatoria amplia y una revisión anónima de las postulaciones, entregando una terna al presidente.

Se podría argumentar que estos cambios “hacia” el “semipresidencialismo” han ido acompañados de estilos presidenciales distintos, que pueden ser interpretados como distintos modelos finales:

- *uno fuerte, con un mandatario que es también jefe de Gobierno, como el del Francia, que habría sido durante las presidencias de Lagos y Piñera;*
- *uno débil, en que el Presidente se concentra en sus funciones de jefe de Estado y deja la dirección del Gobierno a un ministro (de Hacienda, en el primer Gobierno de Bachelet) y no es claro quién ejerce la dirección del Gobierno actualmente, que sería más en la fórmula de Austria.*

Para que semipresidencialismo sea viable –y la democracia lo sea, independiente de su forma de gobierno– es indispensable un sistema de partidos fuerte consolidado, que no es la situación actual. Los partidos se han quebrado y dividido, con once que tienen representación parlamentaria.

En el siguiente tema de mi exposición.

3. LA DEBILIDAD DE LOS PARTIDOS.

El debate constitucional se realiza cuando los partidos están **fragmentados y muy debilitados**.

Los partidos cumplen variadas e importantes funciones en la democracia:

1. *Hacen posible la representación porque les corresponde organizar la competencia electoral pues presentan los candidatos en los comicios (Sartori, 1976);*



2. Agregan los intereses de los diversos grupos sociales de la sociedad (Almond y Powell, 1966);
3. Constituyen un puente entre la sociedad y el estado, recogiendo las expectativas de los ciudadanos y difunden las actividades del Gobierno;
4. Son fundamentales para el Gobierno: proporcionan las ideas que ayudan a definir su programa y los profesionales que serán ministros y subsecretarios.

Partidos débiles dañan al presidencialismo y limitan la calidad de la democracia, pues son fácilmente influidos o capturados por intereses particularistas –económicos, religiosos o políticos–, que les impiden atender el bien general del Estado y la sociedad.

La fragmentación del sistema de partidos se expresa en el aumento de su número: hay 11 con representación parlamentaria (RD en formación ante SERVEL y otros), siete de los cuales apoyan al actual Gobierno de Michelle Bachelet.

La Nueva Mayoría no tiene un partido que tenga un alto apoyo electoral, que le permita ejercer un liderazgo en el conglomerado.

El partido de la Presidenta, el PS, tiene solo 11% de los votos.

El partido más importante, el PDC, tiene sólo 15,6% del electorado y 19 Diputados, apenas el 10% de los escaños.

Más aún, se ha aprobado un proyecto de ley que favorece la creación de nuevos partidos, lo cual acentuará su fragmentación, que puede favorecer el surgimiento de fuerzas centrífugas que perjudiquen a la democracia, como advirtió Sartori (1976) sobre este tipo de multipartidismo.

Este sería un caso de pluralismo polarizado, con fuerzas centrífugas, aunque no hay partidos antisistema, pero hay considerables diferencias ideológicas que dificultan la formación de acuerdos.

Los partidos están debilitados en las tres dimensiones indicadas por Key (1964): en el electorado, como organización y en el gobierno.

1. La debilidad más visible es en el electorado, con el desplome de la participación electoral: mientras en las elecciones de diputados en 1989 votó un 82,5% de la población en edad de votar (PEV), en las de 2013, fue casi la mitad, 45,9%. (Huneus, Lagos y Díaz, 2015).

2. Su debilitamiento como organización se expresa en:

- a) Disminución del número de afiliados, con una minoría que permanece en ellos, que ingresó al comienzo de la transición;*
- b) Debilitamiento de su oficina central, sin profesionales a tiempo completo que trabajen allí;*
- c) Deterioro de la calidad de sus dirigentes, con limitadas credenciales políticas o profesionales, que no les permite participar en la toma de decisiones complejas (“operadores políticos”);*
- d) Ausencia o debilidad de sus centros de estudio, con excepción de los de derecha, por lo cual no intervienen en la formulación de las políticas del gobierno, ni en debate de ideas;*



e) *Baja cohesión, con renunciaciones o expulsiones de parlamentarios desde 2006, que llevó a la constitución de nuevos partidos o movimientos.*

3. Su debilitamiento para cumplir su función en el gobierno (*party government*) (Blondel, 2002) se expresa en su descuido para reclutar profesionales de buen nivel, que pueden proponer al Presidente como ministros o altos funcionarios, lo cual lleva al mandatario a nombrar a personas sin las necesarias habilidades, cuya gestión es mediocre o negativa.

En ese contexto, ganan influencia los “operadores políticos”, que carecen de las inhibiciones éticas para trabajar en el aparato estatal, perjudicando la acción del ejecutivo y favoreciendo la corrupción.

Se argumenta que el debilitamiento de los partidos es un fenómeno generalizado, que también se da en las democracias avanzadas.

Ello no es así porque no tiene la profundidad y extensión de Chile, pues mantienen una solidez como organización, que les permite ejercer un activo papel en el gobierno y en el parlamento.

Además, en su élite política existe la voluntad de enfrentar esa situación, con debates sobre cómo enfrentar los problemas de la participación y las dificultades de los partidos (Alonso, Keane y Merkel, 2011), habiendo una actitud proactiva que no se ve en Chile. Predomina una postura pasiva, subestimando las carencias y debilidades, como si el debilitamiento de los partidos no fuese un problema que daña la democracia.

Llama la atención que la agenda de reformas políticas que ha formulado la Concertación desde 1989 no contempló exigir la eliminación la regulación negativa que los constituyentes de 1980 dieron a los partidos (art. 19, N° 15), ni que se haya planteado el reconocimiento en la Carta Fundamental de sus funciones propias, como lo hicieron los alemanes y españoles en sus respectivas Constituciones.

Tampoco se consideran los alcances de este debilitamiento en los debates promovidos por constitucionalistas (Atria, 2013; Bassa Mercado, Ferrada Bórquez y Viera Álvarez, 2016; Sierra, 2015).

Este resultado constituye un retroceso en el desarrollo político en el pasado, que llevó al gran politólogo Giovanni Sartori (1976: 173) a afirmar que Chile fue el “el (país latinoamericano) más importante por lo que respecta a la tradición democrática y a la consolidación estructural del sistema de partidos”.

En consecuencia, la nueva Constitución debiera dar un reconocimiento a las funciones de los partidos, como lo hicieron los constituyentes después de dictaduras en Alemania y España, y entregarle los recursos institucionales y económicos para que cumplan sus funciones, pero controlando que las cumplan debidamente.

La debilidad de los partidos favorece ciertos intereses, que son los que tienen parte de responsabilidad en su estado actual y se resisten a los cambios legales, organizativos y de liderazgo, perjudicando el desarrollo político y económico del país.

No hay democracia posible sin partidos fuertes y que sea un número reducido, “en torno” a la barrera de seis, como decía Sartori (1976) al establecer un límite entre el pluralismo moderado y polarizado en el multipartidismo.

Este cambio constitucional debe ser completado con disposiciones legales que desarrollen esos principios y una práctica de las élites que sea consecuencia con ellos y no los contradiga, como ha ocurrido con otras disposiciones constitucionales.



Enfrentar la fragmentación y debilidad de los partidos es de máxima urgencia y constituye el nudo gordiano de nuestra democracia hoy.

No será fácil, porque hay intereses favorecidos por esta situación, no sólo sus actuales dirigentes, sino también otros actores, como los lobistas y los grupos de interés, que tienen mayor posibilidad de influir en ellos con menos recursos.

CONCLUSIONES

Sugiero cinco temas que pueden considerarse en el debate constitucional, desde la forma de Gobierno:

- 1. Restablecer período presidencial de seis años, o de cuatro, con reelección inmediata; no se mantiene el sistema actual, una reelección para el período subsiguiente;*
- 2. Pasar de la asimetría extrema a favor del Senado que existe en la actualidad a un congreso unicameral (Senado de 120);*
- 3. Considerar el semipresidencialismo como una alternativa y debatir las experiencias comparadas principalmente entre dos casos: el francés (con un Presidente fuerte) y el austriaco (un Presidente débil);*
- 4. Reconocimiento constitucional de los partidos y financiamiento público (derogación del art. 19, nr.15), y sometidos a los controles correspondientes por sus funciones y por recibir recursos de todos los chilenos.*
- 5. Establecer una administración pública fuerte y autónoma, con una carrera funcionaria que comience desde los niveles inferiores y suba hasta un grado inmediatamente inferior al subsecretario, que reemplace al actual sistema de Servicio Civil, que permitirá fortalecer al poder ejecutivo y favorecerá la gobernabilidad de la democracia.*

Hay otros temas que también tienen que ver con la forma de gobierno, como la organización del Estado, pues un cambio en éste afectará el poder del Presidente y del Congreso si se opta por uno regional. Pero fue un tema de otra conferencia.

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muchas gracias profesor Huneeus. Excelente exposición.

Corresponde ahora el comentario del profesor Lucas Sierra Iribarren, quien es Abogado de esta casa de estudios. Además es Máster en Derecho por la Universidad de Yale y Doctor en Ciencias Sociales y Políticas por la Universidad de Cambridge, Reino Unido. Es profesor de esta Facultad hace ya más de una década, adscrito al Departamento de Ciencias del Derecho e integra el Directorio del Centro de Estudios Públicos. Es autor de diversos artículos y publicaciones sobre materias constitucionales y electorales, varias de ellas relacionadas con la Libertad de Opinión, Cambio Social y Medios de Comunicación Social.

Tiene la palabra, profesor Sierra.



PROFESOR LUCAS SIERRA I.: Muy buenas tardes. Quiero unirme a los agradecimientos y a las felicitaciones del profesor Huneeus por este Ciclo.

Creo que es la hora de los contenidos en el debate constitucional. El mecanismo de reforma, los procedimientos, han sido discutidos, aunque todavía faltan definiciones más precisas. Junto a esto, hay que empezar a discutir los contenidos sobre los que podría recaer cualquier mecanismo de cambio.

Una institución obviamente competente para esto es esta Escuela de Derecho. Es una tarea ineludible de la academia dar forma al debate constitucional, para intentar iluminarlo y racionalizarlo.

Es el restablecimiento de una tradición, a la que ya se refería en su trabajo el profesor Huneeus, si bien hay algunos precedentes interesantes. Por ejemplo, el año pasado hubo un ciclo organizado por la Escuela, la fundación Friedrich Ebert y el Instituto Igualdad, que culminó con el libro *Propuestas para una Nueva Constitución (originada en democracia)*. Además, uno o dos años antes, el Departamento de Derecho Público publicó un número especial de su revista, que fue bastante pionero sobre el cambio constitucional. Por tanto, este seminario viene a continuar y densificar esta tradición.

Respecto al contenido de este panel, Forma de Gobierno, me parece muy interesante y relevante. Aquí sigo al profesor Gastón Gómez, quien dice que no vamos a poder hablar de una nueva Constitución si no hay un cambio en la forma de Gobierno.

Me llama la atención que en las propuestas de las últimas elecciones presidenciales –salvo las de un candidato: Marco Enríquez-Ominami–, no venía prácticamente nada sobre la forma de gobierno. Enríquez-Ominami proponía un semipresidencialismo a la francesa.

Es una materia absolutamente fundamental, tanto o más importante, creo, que los derechos constitucionales.

Felicito al profesor Huneeus por su trabajo, es sugerente, dinámico y algo muy importante: está muy bien escrito. Es entretenido leerlo.

Tengo varias diferencias, eso sí, y algunas preguntas que hacerle, pero me parece que es una base que puede dar muchos frutos en el futuro.

Parto por la introducción, por algo que, además, ha dicho ahora en su presentación, que me ha llamado la atención. Se trata de este enfoque tan disciplinar que tiene. Ha hablado de economistas, de abogados, de politólogos, y dentro de los abogados, de constitucionalistas. A mí me tiene esto un poco perplejo, porque no soy constitucionalista y no sé muy bien cómo calificarme en esta división social del conocimiento, por así decirlo. En relación con esto, esta primera pregunta: cuando él dice, al criticar el enfoque económico, que ha estado “muy influido por consideraciones ideológicas y políticas”, ¿quiere esto decir que nuestro enfoque, que es político, jurídico, no económico; es neutro o puro? ¿O arriesgamos también el peligro que él dice han arriesgado los economistas? ¿No tenemos ideología? ¿No tenemos consideraciones ideológicas ni políticas? ¿Es decir, esto que les disparamos a los economistas, no se puede volver sobre nosotros como un boomerang?

Y otra pregunta inicial. Hay una cierta tensión en el texto que todavía no me queda muy clara: en la página 1 el profesor Huneeus dice que el contexto político actual es difícil para la preparación de una nueva Constitución; y en la página 2 dice que “sin embargo, las condiciones definen un escenario favorable para la nueva Constitución”.



A mí me gustaría que ahondara en esa aparente tensión, tensión que yo la veo que se ha agudizado al volver él en su exposición hoy sobre una cuestión que a mí me parece muy relevante, que él critica y yo concuerdo completamente con esa crítica: la situación deficitaria de los partidos políticos.

Si tenemos partidos políticos débiles ¿es favorable o desfavorable el escenario para el debate constitucional? Se lo pregunto, además, a la luz de la crítica que usted acaba de hacer al reciente informe del PNUD, que enfatiza tanto la Asamblea Constituyente, que es un mecanismo en el cual el papel de los partidos políticos puede estar menguado. Estas son dos preguntas básicas a su texto, profesor Huneeus.

Voy ahora a algunas cuestiones más específicas de él. Usted critica una especie de lugar común que existiría en el sentido de que tenemos un Presidente muy fuerte en nuestro presidencialismo. Pero no sería tan fuerte, por algunas razones que usted menciona y por otras que parecen estar en el subsuelo de su trabajo.

Yo creo que una relativa debilidad de la Presidencia tiene algo que ver con el hecho de que la Constitución chilena ha venido experimentando un proceso de crecimiento orgánico enorme, de muchos órganos autónomo-constitucionales. Ahí hay un espacio en el cual se ha ido disminuyendo el poder, diría yo, tanto de los legisladores y de la administración. De alguna manera, también, se ha ido reduciendo el poder del Congreso, pero claramente el poder del Presidente de la República. Usted menciona el nombramiento de estos órganos autónomos, y bien señala cómo interviene el Senado y no la Cámara, en circunstancias de que usted precisamente está proponiendo un unicameralismo (Marco Enríquez-Ominami también lo propuso en la última campaña).

Sin embargo, creo que el poder de la presidencia es, como todo poder, relacional, por lo que hay que mirarlo en relación con el Congreso. Y vis a vis con el Congreso, el Presidente sigue teniendo un poder fuerte, mucho menos fuerte que en el texto original de la Constitución del 80, que era gigantesco. Tenía hasta la facultad de disolver la Cámara, sin la contraprestación de que la Cámara pudiese censurar el gabinete, que es lo lógico para que exista equilibrio. Tiene, además, algo que usted omite en su texto: la iniciativa exclusiva en materia de gastos. Yo creo que aquí hay una cuestión que quizás matizaría y enriquecería su ya interesante diagnóstico.

Hay otra cosa que usted menciona a propósito de los partidos, pero que también se aplica a esta relación, equilibrio o desequilibrio entre los legisladores, por así decirlo, entre el Congreso y el Presidente de la República, que es la capacidad técnica. Usted la nombra a propósito de la debilidad de los partidos políticos. Y al hacer la incapacidad técnica débiles a los partidos políticos, eso produce baja capacidad técnica en el Congreso. Y aquí el Presidente tiene un poder muy fuerte, porque tiene capacidad técnica, para una legislación que cada día pareciera ser más técnica y sofisticada.

Ahora, la Presidencia puede ser también débil por el quórum supramayoritario para la legislación, un punto que también echo de menos en su análisis. Estos pueden haber significado también una cierta reducción del poder presidencial. Quórum de cuatro séptimos que básicamente obligan a una negociación importante y relevan tanto el papel de los independientes, de una manera a veces tan perturbadora.

Entonces, claro, hay debilidad, pero es una debilidad que está matizada, creo yo, en la iniciativa exclusiva y en la diferencia de capacidad técnica.

El único papel relevante del Congreso, realmente, es la Ley de Presupuestos y la avalancha de la Dirección de Presupuestos



en el proceso legislativo es muy fuerte.

Asimismo, usted nombra la Alta Dirección Pública. Es un interesante punto. En Chile, el Presidente de la República nombraba cerca de cinco mil cargos de confianza exclusiva. En Inglaterra, tradicionalmente el Primer Ministro nombra alrededor de 30 cargos de responsabilidad. Yo recuerdo que hubo un gran debate en Inglaterra cuando llegó Tony Blair al poder, que los aumentó de 30 a 45.

¡Nosotros teníamos cerca de cinco mil! La Alta Dirección Pública ha rebajado cerca de mil quinientos, que tampoco están fuera de la discreción del Presidente, pero se ha reducido esta discreción, no tanto para buscar autonomía respecto del poder político, sino que para aumentar la capacidad técnica. O sea, fue un antídoto a lo que se ha llamado el “cuoteo”, que siempre corre el peligro de una baja capacidad técnica.

La Alta Dirección Pública tiene un Consejo nombrado por el Presidente con el Senado, como usted bien apunta. Este sistema propone ternas al Presidente para una serie de cargos públicos. La idea es que la terna ha pasado un filtro técnico. Pero luego el Presidente puede despedir a la persona que eligió con toda libertad, sigue ahí la exclusiva confianza. Lo único distinto ahora es que para nombrar a otra persona, debe intervenir de nuevo la Alta Dirección Pública.

Lo que quiero decir es que el efecto de la Alta Dirección Pública yo creo no es tan grande, o no tan grande como uno parecería derivarlo de su texto. Lo que reduce es una cierta discrecionalidad. Y en su propio texto usted dice, con razón, que está por un Ejecutivo menos discrecional.

Por otra parte, y en relación con esto, no hay que olvidar que los ministros contratan una enorme cantidad de personal a honorarios que pasa por fuera del Sistema de Alta Dirección Pública. Ahí el Ejecutivo sigue teniendo la discrecionalidad de siempre.

En síntesis, creo que usted le carga mucho las tintas al Sistema de Alta Dirección Pública. Yo creo que fue un avance institucional, que se puede perfeccionar, por supuesto. Y hay propuestas para hacerlo. Por ejemplo, la Comisión Engel hizo varias, que conocí de cerca. Hay una buena vía ahí que intenta mezclar gobierno y capacidad con una capacidad técnica estable. Un verdadero Servicio Civil que no cambie cada cuatro años.

A propósito de los cuatro años del Presidente, usted quiere seis o cuatro años con reelección. A mí esto me parece muy interesante. Pero hay que vincular esta reflexión con los tiempos en que se elige el Congreso. Esto tiene que ver con un problema básico de la forma de gobierno que echo de menos en su texto y que puede explicar algunas cosas. El problema básico del presidencialismo es que no es un mecanismo institucional bien diseñado para resolver las crisis políticas. Ése creo yo que es su principal problema, porque el presidencialismo tiene lo que la teoría llama dos soberanías, dos poderes, el Congreso y la Presidencia. Ambos se eligen soberanamente por elecciones distintas y esas dos soberanías pueden entrar en conflicto. La historia de Chile lo muestra con consecuencias trágicas.

El presidencialismo no tiene una buena manera de resolver esos conflictos. Yo creo que esa es su principal debilidad.

Y no encontré –a lo mejor está en el subsuelo– en este texto ese problema. Quizás la ausencia de ese problema explica la ausencia de lo que yo entiendo como una posición. No sé muy bien qué posición tiene usted respecto del régimen político. ¿Si le gustaría un presidencialismo de verdad, fuerte, como dice acá, pero no discrecional? ¿Y respecto del semipresidencialismo?



Usted dice que es, en principio, una alternativa para perfeccionar la forma de Gobierno que tiene Chile.

Me gustaría preguntarle: ¿dónde pondría usted sus fichas? ¿En un presidencialismo arreglado o en una evolución más parlamentaria?

Usted nombra una serie de crisis que hemos vivido desde el retorno a la democracia, en la página cinco, el MOP-GATE, entre ellas, y lo que hemos visto en esas crisis, pienso, es una cierta parálisis del sistema político. ¿Cuál ha sido la vía para salir de muchas de ellas? Unas comisiones, comisiones independientes, que sacan el problema de los legisladores y del Gobierno. Y hay propuestas, y viene el Servicio Civil, etcétera. Lo mismo podrá pasar con la Comisión Engel. El problema se saca de lo político, y se lleva hacia una cierta independencia técnica. Esto puede ser bueno, pero tiene una doble cara: a veces ayuda a salir, pero demuestra una falencia del sistema político.

Voy a algunas cosas del semipresidencialismo. En la página siete –y esto tiene que ver con la pregunta anterior– usted dice que un presidencialismo fuerte, un Presidente fuerte, debía ser inmune a las encuestas y a la opinión pública, pero después habla de un poder discrecional.

¿Tiene que ser más fuerte y en qué sentido la Presidencia de la República o, en cambio, podríamos evolucionar a una forma más parlamentaria, como podría ser este subproducto del presidencialismo que es el semipresidencialismo?

Respecto de este último, creo que los promotores del semipresidencialismo en Chile se han ocupado de algunas cosas que usted menciona como ausentes. Por ejemplo, y como la experiencia francesa lo enseña- el semipresidencialismo obliga a preocuparse de dos relaciones: de la relación del Gobierno con el Congreso, y de la relación del Gobierno entre sí, es decir entre el Presidente de la República y el primer ministro.

El informe del “Grupo de los 24” del año 1979, por ejemplo, es bastante detallado al respecto.

Siguiendo con el modelo francés, se levantan preguntas sobre, por ejemplo, si la designación del primer ministro y su gabinete es una facultad privativa del Presidente o debe contar con la aprobación expresa de la mayoría parlamentaria. En Francia no requiere este acuerdo expreso; o si se permitiría que los miembros del Gobierno puedan ser al mismo tiempo parlamentarios –en Francia no pueden serlo–; o si para ejercer sus facultades de disolución de la Cámara el Presidente debe contar con la firma del primer ministro. En Francia no lo requiere. O si existe la posibilidad de que el Presidente de la República llame a referéndum. En Francia sí existe.

Hay alguna literatura. Por ejemplo este libro “Cambio de Régimen Político” que en 1992 editó Oscar Godoy (Santiago: Ediciones PUC),

Usted hace referencia a este movimiento parlamentarista que hubo al final de la dictadura, cuando venía ya no sólo un cambio de Gobierno, sino que de régimen político, de dictadura a democracia. En la Católica, Oscar Godoy editó este libro y tiene un artículo que yo recomiendo mucho, que es excelente, el análisis del caso francés, con implicancias para Chile, que es del profesor de esta Escuela, Enrique Barros. Porque usted tiene toda la razón, profesor Huneeus, el análisis comparado enseña que no hay trasposiciones inmediatas y mecánica de instituciones desde un contexto a otro.

Francia tiene cosas interesantes. Un sistema electoral mayoritario (uninominal) para el parlamento, segunda vuelta, además, es decir, bien mayoritario. Esto debe ser para reducir el riesgo de la cohabitación, que parece ser el gran riesgo



del sistema francés. Además, este se busca reducir por la vía de que las elecciones para el parlamento sean poco después de las elecciones del Presidente de la República.

Voy ahora al sistema de partidos. No puedo estar más de acuerdo con el profesor Huneeus en que la democracia funciona con partidos, la democracia es representativa, y para eso están los partidos. Lo demás, que puede haber democracia más directa y con menor representación partidista, me parece una ilusión, y una ilusión peligrosa.

El CEP con CIEPLAN publicamos el 2012 un libro con estudios que se llamaba precisamente “Democracia con Partidos”. Los partidos son, usted bien lo dice, formas de universalizar intereses dispersos, antidotos al populismo, tienen una serie de virtudes, y por eso yo creo que la ley debe favorecer a los partidos.

Por eso que hemos venido en varias partes alegando por un financiamiento fiscal razonable de los partidos en Chile hace mucho tiempo, lo más razonables posible, porque un financiamiento fiscal muy abundante implica también riesgos, como algunos partidos europeos lo muestran, de dependencia del Estado.

En esto comparto con usted plenamente, pero me permito llamar la atención sobre un punto. Usted dice que los partidos se echan de menos en la discusión constitucional. Puede ser, pero hay que considerar que en buena parte de la historia de Chile, los partidos no fueron materia constitucional. En esa época de oro que usted mencionó, de solidificación de la democracia, lo que Góngora llama sistema presidencial con alianza de partidos, entre 1932 y 1964; tiempo que uno podría llamar de masificación de la democracia, expansión del voto, etcétera; la Constitución ni siquiera mencionaba los partidos, no los regulaba, ni la ley tampoco. Tampoco había una ley de partidos. La Ley Electoral los mencionaba a propósito de las elecciones, pero no había ley de partidos. La Ley de Partidos es de la dictadura, del año 1987, por primera vez en Chile.

La primera vez que la Constitución se refirió a los partidos fue en 1971 con el “Estatuto de Garantías Constitucionales”, cuando se empezó a constitucionalizar el Derecho en Chile. Con esa reforma, una parte importante de la legislación se sube a la Constitución. Yo le aplicaría a esa reforma el título notable del libro del profesor Ruiz-Tagle: “Constitucionalismo del Miedo”. Ese Estatuto fue un buen ejemplo de constitucionalismo del miedo.

Y claro, los partidos se consagraron en la Constitución a principios de 1971, se les dio personería jurídica de Derecho Público, lo que nunca habían tenido en la historia de Chile, y el golpe se produjo tres años después.

Los partidos quedaron en la Constitución, pero aquí comparto con usted que quedaron de una mala forma en la Constitución de 1980. Porque en vez de fortalecerlos, como la española, dice lo que los partidos no pueden hacer, lo que se les prohíbe, las incompatibilidades, es decir, puras limitaciones. En esto veo el temor del texto original de la Constitución del 80 a la democracia mayoritaria.

El voto voluntario. Yo he defendido el voto voluntario. Sigo creyendo en él. La participación en Chile no hay que compararla con la de Argentina, porque en Argentina el voto es obligatorio. Yo creo más bien que hay que hacer la comparación con países que tienen voto voluntario.

Yo creo en el voto voluntario como una cuestión de principios: entendido como derecho y, por tanto, de ejercicio voluntario, el voto no puede ser manipulado por el soberano. Los deberes sí pueden ser manipulados por el soberano.



Por eso el voto debe pensarse como derecho. Por regla general, no se obliga al ejercicio de un derecho.

Pero también el voto voluntario sirve como un particular sensor. Hoy tenemos una crisis. Una puede ser una gran oportunidad, como usted dijo recién. Ojalá la aprovechemos, como se ha hecho antes, para seguir mejorando las instituciones.

¿Cree usted que estaríamos ante la necesidad de mejorar nuestras instituciones, como estamos ahora, si el voto hubiera seguido siendo obligatorio? ¿No ve en el voto voluntario una especie de sensor, de fusible, de alarma, de llamada de alerta respecto del sistema político?

Unas últimas observaciones a su texto. En la página tres, usted dice que se ha descuidado la captación de profesionales, llevando a nombrar a personas sin las necesarias habilidades cuya gestión es mediocre o negativa. A mí me parece una frase un poco al voleo. Sería interesante, porque es fuerte, ver casos un poco más documentados en el texto para generalizar así.

En su exposición también se queja de la ausencia de los partidos políticos en la discusión constitucional. Vuelvo a la pregunta con que inicié y al punto éste que acabo de hacer en el sentido de que en Chile la consagración constitucional de los partidos más bien reciente que antigua.

No estoy diciendo que saquemos a los partidos de la Constitución, pero no me parece que sea una discusión constitucional tan urgente, ni que sea necesariamente una discusión de carácter constitucional. Me parece que es una discusión más legislativa.

Y a pesar de todos los problemas de los partidos, usted le carga harto las tintas a los partidos actuales. Yo creo que tenemos todavía un sistema de partidos valioso, digno, arraigado culturalmente. La dictadura con el sistema binominal trató de anular el multipartidismo chileno. Después se incorporó la posibilidad de pactos en el sistema binominal y continuó este arraigado multipartidismo. Hay que cuidarlo. Lo que pasa es que hay que reforzarlo institucionalmente para que tengan verdadera democracia interna, tribunales que respeten el debido proceso, etcétera. Yo creo que eso se está haciendo hoy día. Pero es una discusión más legislativa, creo yo, que constitucional.

Usted se queja de la proliferación y atomización de los partidos. Estoy completamente de acuerdo, y en esto me gustaría su opinión acerca de la reforma electoral, que rebajó mucho los requisitos para constituir partidos. A esto hay que agregarle un sistema proporcional, que es un sistema electoral que facilita la proliferación de partidos. Además, se aumentaron los cupos en ambas cámaras. Y se está prometiendo financiamiento fiscal. ¡Esta mezcla es completamente explosiva en términos de proliferación de partidos! Y en eso el sistema presidencialista corre más riesgos que un sistema más parlamentario, porque el sistema parlamentario por su propia dinámica busca coaliciones.

El multipartidismo y la posibilidad de fragmentación del Congreso acrecienta o exacerba el riesgo de que estas dos soberanías sobre las que hablábamos, se vuelvan una contra la otra, y no haya posibilidad de salida que no sean las acusaciones constitucionales, que son unas salidas muy malas, porque son fracturas, hay que acusar a las personas de que cometieron conductas indebidas, lo que las saca del juego de la política; o golpes de Estado, que es la otra salida. Ambas salidas muy malas. Una mucho peor que la otra, claro.

Por suerte la Comisión de la Cámara que está viendo la nueva ley de partidos volvió a subir los requisitos para constituir partidos que se habían bajado para negociar la reforma electoral, en un acto completamente suicida, creo yo, y falso



de una mirada sistémica de la reforma a la política. Espero se vuelvan a subir. Hoy día hay como partidos inscritos en el SERVEL 14, y hay 16 en formación. Hace un mes había 13 en formación, hoy 16. Éste es el efecto que ya están produciendo el nuevo sistema electoral, la baja de requisitos para constituirlos y la promesa de financiamiento fiscal.

PROFESOR CARLOS HUNEEUS M.: Pero por favor...

PROFESOR LUCAS SIERRA I.: Yo creo que hay que financiar a los partidos, de todas maneras, pero se deben establecer requisitos más exigentes para existir y recibir financiamiento fiscal.

PROFESOR CARLOS HUNEEUS M.: Te olvidaste de Ponce Lerou, que financia mucho más que el Estado?

PROFESOR LUCAS SIERRA I.:

¿Ah? Bueno, no sé, puede ser, podemos verlo después. Vuelvo al problema de esta combinación legislativa...

PROFESOR CARLOS HUNEEUS M.: ¡Por Dios!

PROFESOR LUCAS SIERRA I.:...de cambio del sistema electoral a proporcional, aumento de cupos, baja en los requisitos para los partidos y promesa de financiamiento fiscal, estas cuatro cuestiones combinadas explican que en un mes hay tres partidos en formación. Si todo esto se aprueba, vamos a tener 30 partidos políticos. ¿Complicado, no? Yo quiero financiamiento fiscal, de todas maneras, pero no en estas condiciones.

Termino. Éste es un interesante texto, sugerente y bien escrito, gran cosa esto último, que me gustaría ver complementado si esto publica más adelante. Por ejemplo, con la posibilidad que encarara el problema de las dos soberanías y las crisis institucionales. El presidencialismo como un sistema que no es fluido, dinámico, no es político para las crisis. En un sistema semipresidencialista cae el gabinete, se llama a elección a la cámara y todos pueden seguir jugando el juego. Además, sería interesante que pudiera hacer alguna referencia al sistema electoral, ley de partidos y, ojalá, financiamiento de la política.

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: A continuación vamos a escuchar el comentario del profesor Francisco Soto Barrientos, quien es Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado por la Universidad Diego Portales y en esa misma Universidad obtuvo el grado de Magister en Derecho Constitucional e Instituciones Públicas. Además es Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona y en esa misma Universidad obtuvo un Diploma de Estudios Avanzados. Desde el año 2011 hasta ahora es miembro del Comité Académico del Programa de Doctorado de esta Facultad y profesor de Derecho Político y Derecho Constitucional del Departamento de Derecho Público de esta Facultad. Es autor de diversas publicaciones que en su mayoría versan sobre Derecho de Participación Ciudadana y de Regímenes de Gobierno, siendo una de las últimas el libro titulado El Desafío de la Participación, publicado el año 2013.

Tiene la palabra el profesor Soto.



PROFESOR FRANCISCO SOTO B.: Gracias profesora, agradezco también la invitación y festejo este ciclo de debates.

Al igual que al profesor Lucas Sierra, me gustó el trabajo del profesor Huneeus. Yo lo he venido siguiendo y creo que este trabajo de alguna manera es un resumen de las cosas que usted ya ha escrito, del FONDECYT que se ganó y que lo llevó a escribir varias investigaciones bien fundamentadas y que tienen a la vista el Derecho Comparado.

Desde mi punto de vista, nosotros estamos comentando un trabajo que no es necesariamente la intervención que hizo. De hecho hay algunas cosas que no las introduce. Estas propuestas creo que de alguna manera no estaban en el trabajo, y el trabajo en sí tiene una cosa más bien descreída y hace un análisis del debate de las formas de Gobierno que a mí me identifica, que lo encuentro muy interesante y que, digámoslo, es uno de los pocos debates que tenemos en nuestra historia constitucional y que pueden fundar una eventual reforma. Entonces, esto que usted lo vaya despedazando poco a poco, de alguna manera es desalentador para nuestro futuro constitucional.

Yo quisiera partir con esta idea de la irrupción de otras disciplinas no jurídicas en el debate constitucional. Usted menciona a los economistas, y el profesor Sierra también partió con eso.

Yo tengo la convicción de que nuestro debate jurídico es un debate eminentemente de corte liberal, que se ancla en el constitucionalismo y que desde la Constitución de 1828 viene fortaleciéndolo desde una perspectiva liberal. Entonces eso no va en la línea de la Constitución del 80, y de alguna manera la Constitución del 80 ha tenido que recurrir a otras disciplinas para fundar instituciones que no calzan mucho en nuestra historia constitucional.

De ahí que finalmente nuestros estudiantes conozcan más a Francisco Antonio Encina, a Alberto Edwards que a Alcibíades Roldán, Valentín Letelier o Jorge Huneeus.

Me parece que este alegato que usted hace es muy atingente y es de alguna manera un poco intencionado. Entonces yo creo un poco también pasa por recuperar nuestros debates, nuestros debates sobre los partidos políticos, nuestros debates sobre las formas de Gobierno. Y creo que por ahí está inspirado su trabajo.

Desde mi punto de vista, los debates sobre formas de Gobierno, además de ser concatenados, del 74 se vienen sucediendo. Uno identifica unas quince obras en este trámite y que finalmente se resumen en esta idea de que el presidente tiene muchas atribuciones y que nuestro sistema se mejoraría si se le dan al Congreso.

De alguna manera este debate funda la reforma del 2005, que usted pone en cuestión, y pone en cuestión con ideas que me parece toma de este debate comparado. Y me parece que está muy bien hacerlo, porque mi impresión es que en la práctica nuestra discusión tiende a ser un poco circular y un poco insular, de alguna manera. Esta lógica de la Constitución del 80 que vaya por un lado y el mundo vaya por el otro nos hace de alguna manera escabullirnos de los estudios comparados. Entonces usted lo cita muy bien y empieza a poner en cuestión una serie de temas. Por ejemplo, esta idea de los cuatro años como un gran golpe al poder del Presidente.

Yo trabajé durante algún tiempo en la administración, y me da la idea que la Concertación en esa época no midió el hecho de lo que significaba para la administración pública ser gobiernos de cuatro años. Y yo veía con terror, veía con terror en el Gobierno de Piñera los primeros años, la poca ejecución presupuestaria. Y dije: “bueno, va a llegar la Nueva Mayoría y esto se va a revertir; los grupos de funcionarios públicos van a retomar sus antiguas tareas” y veo que eso no



ha pasado. Al contrario, se reproduce esta misma lógica.

En el caso de Piñera, en el tercer-cuarto año comienza a retomar un nivel de ejecución medianamente decente. A lo mejor en este Gobierno va a pasar lo mismo. Entonces, claramente, si no se ejecuta ni siquiera el 60 por ciento del presupuesto de los ministerios, estamos en problemas importantes de funcionamiento, y de operatividad.

Usted entra en esos temas que se alguna manera aquí plantea y entra en la discusión. En ese caso, los mismos autores que usted cita son críticos a la idea de los seis años, que termina siendo su propuesta, justamente porque dicen que con un sistema multipartidista no es adecuado establecer un periodo que no coincida con la elección de parlamentarios. Entonces me calza más la idea de la reelección que esta tesis de los seis años.

Con el tema del semipresidencialismo, creo que usted dio en el calvo en algo que veo se está repitiendo en una serie de propuestas. Cuando se habla de estado federal –lo hemos estado debatiendo con el profesor Sierra– o esta idea del semipresidencialismo, ni siquiera se hace un diagnóstico serio, acabado de nuestra forma de Gobierno. Y la mejor forma de no tener diagnóstico es proponer una cosa alternativa. Entonces ahí vamos con el federalismo, y no tenemos un diagnóstico de Estado unitario. Se ha escrito muy poco de Estado unitario; se conoce muy poco de las experiencias comparadas y nos estamos yendo a otro sistema.

A mí me tocó participar del debate del Programa de Bachelet, donde un grupo importante de profesores defendía el semipresidencialismo y otro decía “presidencialismo atenuado”, particularmente Ruiz-Tagle. Pablo Ruiz-Tagle, lo hacía con mucha fuerza. Finalmente en el informe salen las dos propuestas, y los argumentos del semipresidencialismo eran “bueno, tenemos que salir con algo nuevo”. Yo no veía una propuesta muy de fondo detrás de eso y un diagnóstico acabado.

Entonces, en verdad prefiero quedar con una serie de instituciones que se han venido aplicando a lo largo de toda nuestra historia constitucional y que han funcionado relativamente bien e ir mejorando lo que es defectuoso.

Sobre el tema de los partidos políticos, de nuevo que usted lo toma desde el debate. Y se pregunta cómo en todos los libros que debaten sobre la nueva Constitución no hay nada sobre los partidos políticos. Eso yo lo encuentro grave.

De hecho yo estoy escribiendo sobre los partidos políticos producto de estas leyes que están en el Congreso, y es un tema que me atrae. En ese sentido sí existe un diagnóstico muy agudo de Frei Montalva en relación a que veía el decaimiento de los partidos políticos ya en los años 60 –y mirando a Italia, él está mirando a Italia– dice es necesario introducir mecanismos de participación”, pero no mecanismos que antagonicen con el sistema representativo y con los partidos, sino entregarles estos mecanismos a los propios partidos, y que nuestro sistema no sea tan jibarizado y que los partidos estén solo concentrados en elegir los representantes y las autoridades, sino que puedan debatir, como pasaba con el Partido Radical o como le pasó al Partido Comunista Italiano, que estaban fuera del Gobierno y a través del referéndum abrogatorio levantaron grandes debates en Europa y lograron posesionarse públicamente, pese a estar fuera del Gobierno, en esos momentos.

Entonces esto Frei Montalva lo trata de impulsar, dicta varias leyes y finalmente incluso trata de reformar la Constitución. Yo creo que esa discusión que caracterizó a los demócratacristianos, se perdió.

Ahora vemos que el principal opositor de esta tesis es Walker y de alguna manera Patricio Zapata. Entonces yo tengo la



sensación que este también ha sido un debate fuertemente influenciado por la Constitución del 80, que trata de focalizar y convertir a los partidos en partidos profesionales que se dediquen a la actividad política y que la sociedad se aleje de ese ámbito y las organizaciones de la sociedad civil no se politicen.

Cuando nosotros tenemos una sociedad, esencialmente que le gusta deliberar y que no se va a concentrar a participar en los puentes y en los planes reguladores, sino que le interesa la educación, la salud, los grandes temas. En ese sentido, estas reformas que se están intentando ahora, más que fortalecer a los partidos, les pueden dar un rol interesante, que los posicionen en la opinión pública.

Por ejemplo, veo a partidos como el PRO, que ha estado fuera del Congreso en todos estos años y que tiene mucha agenda y muchos temas que poner.

Entonces, perfectamente podrían utilizarse estos mecanismos en las perspectivas que nos planteaba Frei, para hacer más interesante la discusión, para que en definitiva los conflictos no debiliten a la sociedad, sino que de alguna manera se integren en nuestra institucionalidad. Yo creo que ése es el objetivo de los diseños más modernos de participación, de los diseños bien intencionados, que uno ve exitosamente funcionando en varios países de Europa y que en Latinoamérica, por falta de regulación, por falta de posicionar a los partidos políticos en estos temas, siempre terminan transformándose en mecanismos como plebiscitarios que finalmente no debería ser su objetivo.

Eso por mi parte.

...Aplausos

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muchas gracias, profesor Soto.

Ahora abriremos un espacio para preguntas del público, por favor, identificándose primero.

Primera pregunta

RENZO GIRARDONI: Para el profesor Huneeus.

Hay un asunto que está totalmente ausente en su exposición y que estamos viendo ahora en la discusión contingente en la prensa, y es este rol de juez y parte al mismo tiempo de los partidos cuando discuten sobre los partidos. Basta ver la discusión entre el Senador Walker y el profesor Engel, donde el primero señala que la política es demasiado importante para dejársela a los intelectuales. En el fondo, los partidos son jueces que deciden sobre la causa de la parte. Ellos deciden cuáles son las reglas que los afectan a ellos mismos. Es como si las ISAPRES decidieran cuál es la legislación que las controlara. ¡Qué se dijera bueno, ya señores de las ISAPRES, hagan ustedes la legislación que los regula! Eso es lo que pasa con los partidos, son un juez que decide y es un juez y parte al mismo tiempo. No veo en ninguna parte que usted haga mención de eso y me parece que gran parte de todo el atolladero o del entuerto que hay tiene que ver con eso, porque cuando el juez es parte al mismo tiempo, es perfectamente racional que se favorezca a sí mismo. O sea, ¿qué juez, si es parte, se va a perjudicar?



Me gustaría saber qué opina de eso, porque mientras exista esa doble función no veo cómo se espera que los partidos se perjudiquen a sí mismos.

Segunda pregunta

RAFAEL CÁRDENAS: Coincido con el profesor Sierra en el sentido de que encuentro fundamental discutir el sistema de Gobierno en la nueva Constitución. Y lo que echo de menos es que alguien plantee la posibilidad del parlamentarismo, porque muchos de los inconvenientes que usted mismo planteaba se solucionan con el parlamentarismo. Esto de las coincidencias de las elecciones con el Jefe de Estado, en fin, hay muchas cosas que la multiplicidad de partidos se maneja mucho mejor en el sistema parlamentario, porque se tiende a las coaliciones, como usted mismo planteaba.

Quisiera recordar al respecto que en 1990, había dos posiciones, la del Grupo de los 24, que era el semipresidencialismo y en Renovación Nacional, el ahora Senador Allamand planteaba el parlamentarismo. Llegaba a tanto su entusiasmo, que incluso nombró unos gabinetes en la sombra, siendo presidente del partido, respecto del Gobierno de la Concertación. Ahora parece que se le bajó el entusiasmo, parece, porque está por el statu quo, pero creo que hay mucha gente que habla bien del parlamentarismo, pero nadie lo plantea como una alternativa. ¿Por qué?

Tercera pregunta

ASISTENTE: Para el profesor Huneeus. Me llama un poco la atención el texto suyo del presidencialismo semisoberano, porque tiene una tesis muy interesante, en atención a un presidencialismo que en apariencia es muy fuerte, pero que producto de ciertas instituciones se ve debilitado. Pero en ese texto, no queda muy claro, al final del día, cuál es su postura, porque pareciera ser que debiéramos celebrar que el presidencialismo está mucho más equilibrado, atendidas las fuertes atribuciones del Presidente, aunque pareciera ser que hay un cierto desdén y decir a lo mejor debiéramos fortalecerlo más. Eso es lo que me queda de la lectura de ese texto y yo se lo pregunto a usted que está aquí presente, profesor.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muy bien, gracias. Interesante tener la oportunidad que le dé la respuesta el propio autor.

Damos paso entonces a las respuestas.

PROFESOR CARLOS HUNEEUS M.: Muchas gracias.

Yo no me puedo hacer cargo de todas las preguntas que me hizo el profesor Lucas Sierra. Está bien que a uno lo bajen a terreno. No sé, yo no conté las preguntas, pero por favor, profesor Sierra, no me puede traer a Juan Linz y la doble autoridad de un trabajo del año 90.

Yo soy amigo de Juan Linz, conocí sus cosas y creo que lo peor que ha escrito él es sobre presidencialismo. Es lo más malo.

Tampoco me vas a hacer discutir sobre las tesis de Arturo Valenzuela que propuso el semiparlamentarismo, que está publicado en la revista de ustedes, el CEP, porque aquí yo vengo como académico a hacer una propuesta académica de Carlos Huneeus.

Yo creo que tienes un problema, que no se si estás como académico o en calidad de vicepresidente o subdirector del CEP, y que eso te genera una situación complicada, porque yo soy muy crítico. Tomaste eso, y los que me han leído, porque tu



no me has leído a mí, saben que soy muy crítico a pesar de que fui Embajador del Presidente Aylwin, a mucha honra, y los que son un poco mayores que yo, saben que yo tuve una trayectoria muy activa cuando estuve en esta Escuela. Pero me he mantenido en esa familia, pasivamente.

Yo tengo una identidad política, pero sé separar –creo separar– lo que yo pienso y lo que yo hago en mi trabajo en el CERC, o político, con el trabajo académico, y el objetivo mío es provocar un debate, nada más. Yo no tengo respuesta, no sé, no sé.

Yo soy católico y creo en la Santísima Trinidad, pero no creo que el Presidente no pueda ser reelegido. No puedo creer eso. ¿Por qué no puede ser reelegido? ¿Por qué vienes con la misma cosa de los peligros, porque si resulta que si hacemos eso el peligro...? Pero, profesor Sierra, ¡por favor!

Lo del señor Ponce Lerou, ... ustedes en el CEP, en el Gobierno de Lagos, establecieron las donaciones secretas. Ustedes tienen que hacerse cargo del tremendo problema que hay en este país. ¡Y no se hacen cargo!

Esto es muy típico en este país, que nadie se hace cargo de grandes problemas que hay. ¡Nadie se hace cargo de haber causado esos problemas!

Entonces, el tema que tenemos hoy –no mañana– no es un tema académico, es un tema político, cívico y ético. ¿Quién manda en este país?

Yo puse el tema de la desigualdad, profesor Sierra, que lo esquivaste, porque hay gente que cree –el mundo de las empresas y la derecha, y también gente de la izquierda, que se entiende muy bien con ellos– que se puede seguir tal como estamos, en que un país que ha tenido una tradición de consenso social demócrata en el sentido que le daba Dharendorf, de católico, socialcristiano, radicales, laicos. Eso fue el consenso de Chile, que llevó al Estado de Bienestar, llevó a un Estado empresario, con todas las luces y sombra.

Obviamente no estoy de acuerdo ni con la tesis de Mario Góngora ni con la tesis de Gonzalo Vial que hablaba de la decadencia de Chile. No creo en eso, Yo reivindico la historia y estoy en contra de eso. Escribí un libro contra la visión narcisista que tiene gente de la Concertación que creen que el Gobierno de Chile comenzó el año 90; que hicimos la mejor transición del mundo, que somos un ejemplo.

Ustedes como CEP están muy comprometidos con ella; ustedes han participado, está bien que lo defiendas. Está bien, pero, por favor, dilo. Las cosas hay que decirlas.

Estuve con una colega acá, que me decía: “yo me he casado dos veces, con fulano y zutano, y para que sepas, estoy sin, ... Así que si tienes alguna información, dámela”. Bueno, ‘por qué en política no hacemos lo mismo?

Entonces, ¿qué es lo que quiero? Que se haga un debate. Ahora, por favor, no repitamos, profesor Sierra, la formación de los consensos en que negociaban entre cuatro paredes, entre Edgardo Boeninger y alguien del CEP, o en la Comisión de la Modernización del Estado que era el Grupo Matte con los que están en el CEP más alguna gente de la Concertación, que además pertenecía al mundo de las empresas.

¡Y no todo bajo secreto y por favor no digamos “aquí no pasa nada”!



¿Cómo que no pasa nada? ¿Qué pasa cuando los partidos le piden plata al yerno de Pinochet? ¿Yerno de Pinochet! Sí, yo me podría indignar... Saben yo estoy viejo ya, un ayudante me decía “usted profesor, con los nietos cambió, ahora es una persona más reposada”. Cierto, cambié por los nietos. Tengo tremendos nieto. Pero no me puedes decir que el tema unicameral lo planteó MEO. ¿Por favor, te faltó decir que lo hizo Fujimori en la reforma constitucional del Perú el año 79. ¿Cuándo fue la de Fujimori, que Fujimori puso el sistema unicameral? Y también la Nicaragua de los hermanos Ortega. ¿Por favor...!

Yo estoy planteando un debate. ¿Por qué tenemos que tener bicameralismo cuando aquí el que manda es el Senado? La cocina es del Senado. ¿Qué es la Cámara? La Cámara cumple una función menor.

En cuanto a las preguntas, respecto a lo de semisoberano, tienes toda la razón. A mí no me gusta repetirme porque está ahí, está escrito. Yo no reniego lo que he escrito, porque es un trabajo estudiado.

Yo hice un libro sobre el régimen de Pinochet, y en ese libro mostré que Pinochet no mandaba todo.

Viví en Alemania y estudié el régimen de Hitler, y hay un libro famoso de Hitler sobre los límites del poder de Hitler. ¿Qué Hitler tenía poder, que yo jamás imaginé.

Entonces, que no me cuenten historias. Por favor, profesor Sierra no me venga a contar historias de que la iniciativa exclusiva... Lo mismo que le dio en el palo Pablo Ruiz-Tagle en algún libro que yo leí por ahí. La Iniciativa Exclusiva, entonces ¿quieren ustedes pasar la iniciativa exclusiva económica al Congreso? ¿Y que el Congreso haga fijación de gastos, que esté proponiendo gastos?, ¿Y al mismo tiempo quieren que haya equilibrio fiscal? ¿En qué mundo estamos?

El Presidente Frei Montalva y su Ministro de Justicia, ex alumno y profesor de esta Universidad, Gustavo Lagos, que sacó adelante la reforma de la Constitución del año 70, le quitaron al Congreso su atribución económica. Si no, ¿dónde íbamos a llegar? Esa era la práctica. No veamos teoría política.

La práctica constitucional de Chile no empezó el año 90, viene de mucho antes, y los congresistas tienen la atracción fatal, no solamente los chilenos, de apoyar medidas populistas, simplotas, y están en permanentes reelecciones. Eso está en la lógica de su actuar. Entonces, yo no me quise meter en eso, porque está escrito.

Pero si reitero: soy crítico del sistema vigente. Escribí un libro, “El presidencialismo semisoberano”. Es una democracia semisoberana –la democracia es semisoberana– porque los que mandan no son los elegidos del pueblo, porque tienen un poder tremendo los grupos económicos, el poder económico, que financian secretamente a los candidatos.

Y no me vengan con historias en eso. El CEP ha respaldado el actual sistema de financiamiento, que está desplomado. Entonces, que no se venga acá a decir que no hay problemas y que si hacemos tal cosa aparecen nuevos peligros. Enfrentemos los peligros de hoy día y demos la respuesta. Ésa es mi solución.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muchas gracias.

Tiene la palabra el profesor Sierra.

PROFESOR LUCAS SIERRA I.: Usted dice que quería producir debate y a mí me despertó varias preguntas precisamente porque creo que es un texto que produce debate y en ese espíritu le hice las preguntas, dentro de la lógica que yo creo es de su propio texto.



Respecto a mi posición como profesor de esta Escuela y como director del CEP espero que no haya contradicción. Yo las cosas las publico acá y en el CEP, y están ahí para la lectura de los que quieran.

No sé por qué dice que no quiero que cambie nada. Lo he escrito y además aquí mismo lo he dicho, me encantaría cambiarlo, y estoy diciendo que no va a haber nueva Constitución –realmente nueva– si no hay una reforma verdaderamente importante –así empecé la conferencia– de la forma de Gobierno y del bicameralismo. Comparto con usted que es raro tener bicameralismo en un Estado centralizado y unitario, no federal. No estoy diciendo estar en un lado u otro. No he tomado posición. Me parece una posición interesante. Lo que sí dije que nadie lo ha propuesto, y a propósito de eso señalé que es interesante la propuesta de Marco Enríquez y el PRO, que tiene algunas cuestiones programáticas interesantes. Nada más que eso.

La iniciativa exclusiva empezó el 43, justo cuando se incorporó la Contraloría. Yo jamás he dicho que hay que dársela al parlamento, o mantener al Presidente de la República. Sólo dije que en su análisis sería interesante que incorporara el problema de la iniciativa exclusiva, ya que a la hora de reflexionar sobre la fortaleza o debilidad relativa del Gobierno versus el Congreso. Nada más que eso. Ni mantenerla ni no mantenerla.

Comparto con usted que cuando hay iniciativa exclusiva parlamentaria, se desacopla algo que es muy importante en cualquier orden institucional, que es el poder por una parte y la responsabilidad, por la otra. Tienen poder pero no tienen responsabilidad y la paga más bien el lado ejecutivo del Gobierno.

Esas son mis observaciones a su trabajo en el espíritu de un debate académico que a mí por lo menos me despertó.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muchas gracias profesores, expositor, comentaristas, y gracias a ustedes por la participación y la asistencia.

...Aplausos

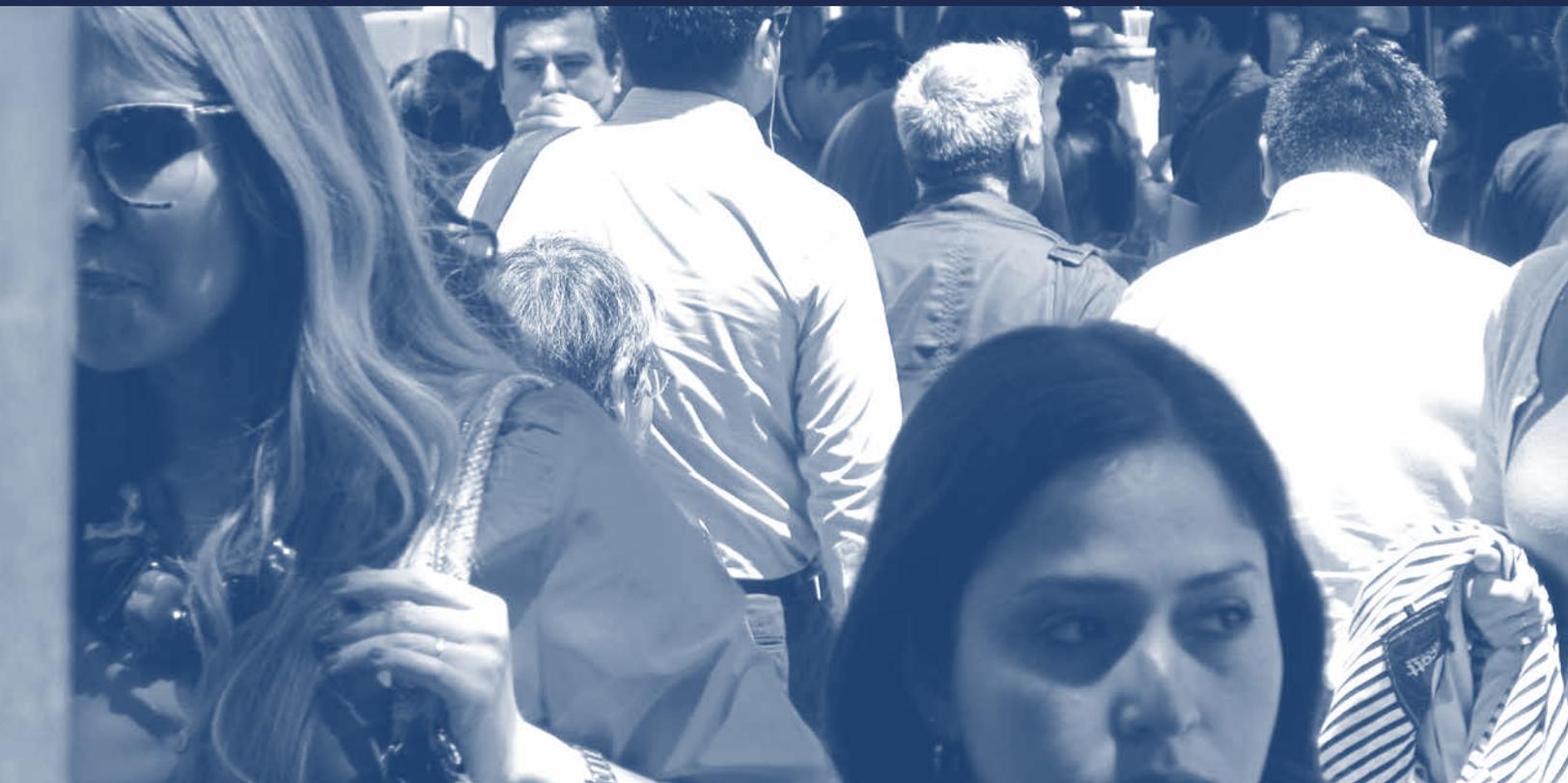


FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Una gran conversación por

CHILE

Proceso constituyente y
nueva constitución política



CAPÍTULO XVII / SESIÓN 4 DE NOVIEMBRE DE 2015

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE UNA VIEJA
CONSTITUCIÓN A UNA NUEVA
CONSTITUCIÓN





RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE UNA VIEJA CONSTITUCIÓN A UNA NUEVA CONSTITUCIÓN



SESIÓN 4 DE NOVIEMBRE DE 2015

Expositor:

- *Profesor Augusto Quintana B.*

Comentarios:

- *Profesor Fernando Muñoz L.*
- *Profesor Ramón Huidobro S.*
- *Moderadora: Profesora Ana María García Barzelatto*

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Buenas tardes. Vamos a comenzar el último panel de este Ciclo de Discusiones sobre Proceso Constituyente y Nueva Constitución, al que se pone término hoy.

El tema es bien interesante y sirve precisamente como un buen cierre de ciclo, porque se refiere a un régimen de transición entre una Vieja Constitución y una Nueva Constitución.

En el evento que finalmente no resultara una Nueva Constitución y sí una Constitución reformada, como sea, siempre en una Constitución se hace indispensable incluir ciertas normas transitorias.

La actual Constitución con todas las reformas que ha tenido en los últimos 25 años, consta de 26 disposiciones transitorias introducidas a partir del año 1991.

Las disposiciones transitorias son indispensables muchas veces precisamente para facilitar la entrada en vigencia de la nueva Constitución, y sobre todo para poder reducir el impacto que pueden tener las nuevas normas sobre derechos adquiridos bajo un régimen anterior.

Ése es el tema de esta tarde, y a él se referirá el expositor, profesor Augusto Quintana, y comentarán su ponencia los profesores Fernando Muñoz y Ramón Huidobro.

Augusto Quintana Benavides es licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción, y Magíster en Derecho Público con Mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Es profesor de esta Facultad hace ya más de una década, donde imparte docencia en Derecho Constitucional y Ciencia Política.

Se ha desempeñado además como asesor en materias jurídicas en los Ministerios de Defensa y de Justicia. Es autor de numerosas publicaciones y artículos en revistas especializadas sobre materias de Derecho Público, fundamentalmente.



Queda con ustedes el profesor Quintana.

PROFESOR AUGUSTO QUINTANA BENAVIDES: Muchas gracias Profesora García. Y muchas gracias a todos los asistentes.

Sabemos que hoy nos convoca una jornada de cierre de un Seminario en el cual me han precedido en la palabra ilustres expositores y comentaristas.

En primer lugar quería explicar por qué este tema del régimen de transición entre una Vieja Constitución y una Nueva constitución.

Hasta ahora, la discusión sobre la nueva Constitución ha estado centrada fundamentalmente en dos grandes tópicos. En primer lugar, acerca del proceso constituyente, es decir, las reglas de procedimiento que habrán de adoptarse o en su caso aprobarse para dar curso a una Nueva Constitución.

En segundo lugar, el tema de los contenidos, propuestas de contenidos, es decir, qué podría contener eventualmente una futura Carta Fundamental.

En esta ponencia nosotros quisiéramos agregar al debate público un tercer tópico, y tiene que ver con el tránsito desde una vieja Constitución a una nueva Constitución. Es sabido que la entrada en vigencia de una nueva Constitución entraña eventuales relaciones de conflicto con normas jurídicas existentes a esa fecha y, además, con situaciones o derechos establecidos o reconocidos bajo el imperio de la Constitución que fenece.

La entrada en vigencia de nuevas normas constitucionales genera conflictos que es conveniente, es adecuado, es prudente que la propia Carta Fundamental prevea en lo que considere adecuado. Por eso es que este tema parece relevante. Es particularmente importante cuando consideramos posibles conflictos que pudieran surgir a propósito de derechos constitucionales actualmente vigentes y, entre ellos, en relación con derechos patrimoniales.

Sabido es que en la discusión pública existen planteamientos, propuestas, sugerencias, en orden, por ejemplo, a que el dominio de las aguas vuelva en plenitud a los entes públicos. Se ha planteado también una reconfiguración de los derechos mineros, y particularmente un fortalecimiento de la propiedad pública en estas materias. También se han planteado cambios sobre las normas vigentes en relación con la pesca, particularmente con la libre apropiabilidad y, en su caso, con la existencia de cuotas de pesca respecto de estos recursos.

Si tenemos a la vista este horizonte de temas en los cuales se han sugerido posibles reformas o nuevos contenidos en una Carta Fundamental, la entrada en vigencia de una nueva Constitución que pudiese contener materias como las que estamos enunciando, generaría conflictos con los derechos patrimoniales vigentes a la fecha de su entrada en vigencia.

Eso hace que una reflexión de esta naturaleza, pudiendo parecer prematura porque aún no conocemos los contenidos efectivos sobre los cuales habrá de reflexionarse acerca de la pertinencia de incluir disposiciones transitorias, pero la discusión sobre estos contenidos transitorios podría quizás ayudar a una mejor deliberación sobre estos mismos tópicos, en la medida que se pre configuren aquellas condiciones, criterios o elementos que convendría salvar en disposiciones transitorias, para hacer de estas discusiones sobre contenidos algo más amistosas y con menos temor o incertidumbre.



Este es el sentido de esta ponencia, en orden a plantear criterioso elementos que surgen del Derecho Constitucional extranjero y, principalmente, desde nuestra propia historia constitucional, que podrían ayudarnos para comprender los alcances que podrían tener futuras disposiciones transitorias en estas materias, particularmente en temas patrimoniales.

Partamos diciendo, como bien señalaba la profesora García, que existen en la actual Constitución diversas disposiciones transitorias que regulan materias varias. Buena parte de ellas dice relación con el eventual conflicto que pudiere surgir entre normas jurídicas infraconstitucionales existentes al momento de entrada en vigencia de la Constitución o su promulgación. Eventualmente, lo que la Constitución establece son diversas disposiciones que regulan la constitucionalidad de esos preceptos y normas jurídicas anteriores.

También, se contienen reglas derivadas del cambio del sistema de dominio legal, desde un sistema de reserva máxima legal a un sistema de reserva mínima legal. Igualmente se contenían normas en el texto original relativas a la entrada en vigencia de las disposiciones permanentes, ocho o nueve años después de la entrada en vigencia de la Constitución en el año 1981. También se contiene, y es usual que se contengan, normas adecuatorias en relación con la composición de los órganos del Estado particularmente si existen modificaciones en estas materias. Es decir, son muchas materias que pueden ser reguladas en disposiciones transitorias, y no es casual que entre ellas también se contengan, actualmente, algunas que regulan aspectos patrimoniales o económicos.

En este sentido, en primer lugar, cito la Disposición Transitoria Segunda, en relación con derechos mineros, en cuya virtud “los titulares de derechos mineros seguirán regidos por la legislación que estuviere en vigor al momento en que entre en vigencia esta Constitución, en calidad de concesionarios” (inciso primero). Asimismo, reza esta disposición, que dichos derechos mineros “subsistirán bajo el imperio del nuevo Código, pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de dicho nuevo Código de Minería” (inciso segundo). Esta Disposición Transitoria proporciona además otras reglas para solucionar otros posibles conflictos temporales derivados de la aplicación “in actum” de la nueva normativa constitucional y legal. Estimamos que estos criterios son o podrían ser aplicables también a las reformas que se sugieren en materia de caducidad de derechos de aprovechamiento de aguas y de cuotas de pesca.

En segundo lugar, la Disposición Transitoria Tercera regula lo que se denomina la gran minería del cobre y las empresas nacionalizadas bajo el imperio de la Constitución de 1925. Más adelante nos detendremos con mayor detalle en los alcances de esta norma constitucional.

En tercer lugar, tenemos la Disposición Transitoria Sexta, en relación con tributos afectos a un destino determinado, que bien sabemos que la actual Constitución prohíbe, con algunas excepciones, en el Artículo 19 N°20. El criterio del Constituyente fue salvar la situación los tributos afectos a un fin determinado que existían a la fecha de la entrada en vigencia de la Constitución.

Es decir, ya la Constitución actual se vio en la ocasión de tener que regular, o juzgó adecuado regular, algunos aspectos patrimoniales o económicos que generaba el tránsito desde una vieja o una nueva Constitución. Por tanto, no es extraño el planteamiento que estamos formulando. Por lo mismo, adelanto desde ya que si se produjesen cambios como los que se están sugiriendo en el debate público, es conveniente que la Nueva Constitución contenga disposiciones transitorias que pudieran regular estas materias.



ANTECEDENTES QUE SURGEN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EXTRANJERO CONTEMPORÁNEO.

Si vemos el panorama del Derecho Constitucional extranjero contemporáneo, particularmente aquellas Constituciones que se han aprobado en el último tiempo, podemos citar también algunos ejemplos que nos pueden ilustrar respecto de esto.

La Constitución colombiana del año 1991 surgió en un momento de crisis derivada principalmente por la existencia de una guerra civil y la situación del narcotráfico. Allí se establecieron algunas disposiciones transitorias en las cuales se faculta al Presidente de la República, desde la entrada en vigencia de la Constitución, para intervenir el sistema financiero (Artículos Transitorios 49 y 50). No se señala allí la causal para adoptar y otorgarle al Presidente de la República esa facultad, pero uno puede entrever que eso se debe probablemente a la existencia del delito de lavado de dinero, que en esa época, y me imagino que actualmente también es una realidad viva en Colombia.

Un segundo ejemplo que quiero plantear es la Constitución Bolivariana de Venezuela del año 1999, que contiene en una disposición transitoria que tiene normas, principios y reglas relativas al régimen tributario. Es llamativa la lectura de su Disposición Transitoria Quinta porque contiene reglas y principios bastante parecidos –no estoy haciendo ningún tipo de alcance subliminal– a la reforma tributaria que se aprobó el año pasado en Chile y que está en actual proceso de implementación. Es decir, hay una gran concordancia. Y allí se establecieron esos principios y reglas que iban a regir el régimen tributario en disposiciones transitorias; vale decir, a través de un sistema de mandatos legales imperativos.

La Constitución de la República de Ecuador del año 2008 también presenta numerosas disposiciones transitorias que regulan aspectos patrimoniales, relacionados con aguas, enajenación forzada de acciones particulares, eventualmente transformaciones de la propiedad de ciertas empresas, que se transforman en empresas públicas, empresas en las cuales hasta ese entonces el Fondo Solidaridad, que era un fondo público, tenía participación en estas, y que pasan a ser, por mandato constitucional, empresas públicas.

Es decir, comparando las constituciones de reciente data es posible advertir que en las disposiciones transitorias se regulan con distintos signos, criterios y orientaciones, diversas situaciones con alcance patrimonial, porque los constituyentes de la época así lo consideraron adecuado.

ANTECEDENTES QUE SURGEN DE NUESTRA HISTORIA CONSTITUCIONAL.

Paso ahora a revisar la parte que quizás puede ser más interesante o la que me parece más interesante, que es reconocer y recorrer nuestra historia constitucional.

Quiero centrarme en cuatro ejemplos de nuestra historia constitucional, que tienen que ver con estas materias. En primer lugar, la abolición de la esclavitud. En segundo lugar, la abolición de los mayorazgos. En tercer lugar, la ley de reforma constitucional del año 1967, que dio pábulo a la implementación de la reforma agraria. En cuarto lugar, la ley de reforma constitucional del año 1971, en relación con la nacionalización de la gran minería del cobre.

Vamos a estudiar estos cuatro ejemplos, porque de estos cuatro antecedentes de nuestra propia historia nos permiten elucubrar algunos criterios que en el texto mismo de estas leyes de reforma constitucional se adoptaron y que atañen a lo que estamos conversando.



ABOLICIÓN DE LA ESCLAVITUD

Partamos con la abolición de la esclavitud y en particular con la reflexión habida a propósito de la Constitución de 1823, que es el antecedente histórico inmediato primario.

Tengamos a la vista que antes de la Constitución de 1823 se dictaron varios cuerpos normativos en relación con la esclavitud:

- *El Bando de la Junta Ejecutiva del Congreso Nacional de 15 de octubre de 1811, sobre la libertad de los esclavos, el cual da cuenta que “acordó el Congreso que desde hoy en adelante no venga a Chile ningún esclavo, y que los que transiten para países donde subsiste esta dura ley, y se demoran por cualquier causa, y permanecen seis meses en el reino, queden libres por el mismo hecho” y, en especial, “se declaran igualmente los vientres libres, y que deben serlo, por consiguiente, sus productos en cualquier parte”. Esta es la famosa “Ley de libertad de vientres” y que honra a Chile como uno de los primeros países en el mundo por dar pasos decisivos hacia la abolición de la esclavitud.*
- *La ley de libertad de esclavos de 24 de julio de 1823, aprobada por el Senado Conservador unos pocos meses antes que el Congreso Constituyente aprobara a su vez la Constitución Política del Estado de Chile del año 1823.*

En suma, la historia de la abolición de la esclavitud en Chile es más o menos conocida. Fue un proceso gradual en el cual primordialmente se establece un régimen de trato más benigno respecto de los esclavos que existían, y en segundo lugar un régimen gradual de abolición de la esclavitud, de tal manera que hacia el año 1823, a esa época, por distintas razones, prácticamente lo que subsistía como esclavitud en Chile era fundamentalmente una esclavitud femenina y una esclavitud de personas mayores y menores de edad, porque los esclavos varones tuvieron un régimen especial también a propósito de las Guerras de Independencia, particularmente aquellos esclavos varones adultos que fueron objeto de un reclutamiento forzoso, lo cual surtió efectos como una especie de confiscación.

Durante la tramitación de la Ley de Libertad de los Esclavos en el año 1823 surgen ante el Senado Conservador y la Comisión Constituyente algunos antecedentes o episodios que son dignos de mención, a saber: a) la moción del Director Supremo de fecha 17 de julio de 1823; b) la representación de varias señoras contra la ley de libertad de esclavos; c) La moción del prebendado señor Elizondo contra la misma ley, y d) el recurso del señor Espínola.

En primer lugar, la moción presentada por el entonces Director Supremo de la Nación, el General Ramón Freire, junto con su secretario Mariano de Egaña, de fecha 17 de julio de 1823. En esta moción el Director Supremo plantea una serie de consideraciones que hoy día uno podría decir quizás atractivas de análisis, en función de lo que estamos conversando.

En esta Moción se plantean primordialmente dos cuestiones. En primer lugar, se estima que corresponde indemnizar a aquellos propietarios de esclavos y que, a este respecto, la carga pecuniaria de liberar a los esclavos no debe soportarla el propietario de los esclavos sino que debe soportarla al final el erario nacional o en su caso la Nación en su conjunto. Es interesante citar los fundamentos respectivos. Dice el Director Supremo señor Freire: “*En hora-buena que los filósofos, acercándose al primitivo oríjen de las cosas, convengan en la injusticia de la esclavitud. Mui justos i mui laudables son estos sentimientos i lo son del Senado Conservador, cuyos magistrados, llamando en su auxilio los sanos principios, quieren desterrar la servidumbre del país de la libertad; pero ¿basta esto para atacar la propiedad aunque se llame abusiva en su oríjen? A la*



par del derecho de servidumbre está el derecho de conquista, i si algun día se tratase de devolver a sus dueños orijenarios las posesiones que hoi ocupan en Chile los individuos particulares descendientes de europeos, seria necesario indemnizarles” (sic) (Senado Conservador. Acta de la Sesión 47, de 18 de julio de 1823. Pág. 288). Es particularmente interesante el paralelo que realizan los redactores de esta Moción entre la abolición de la esclavitud y la devolución de las tierras “conquistadas” a los pueblos originarios de nuestro país. Es decir, a quién le corresponde la carga económica de liberar a los esclavos o de devolver las tierras a sus poseedores originales es, en definitiva, la Nación.

Adicionalmente en la Moción se regula la oportunidad en que debe cancelarse la indemnización. Dice esta propuesta “que la indemnización que se haya de dar al amo por la privación que sufre de la propiedad, solo tendrá lugar cuando llegue el caso de entrar el esclavo en el completo goce de su libertad” (sic). Esta propuesta guarda relación con la conveniencia expresada por el Director Supremo de que se observe una cierta gradualidad del proceso de abolición y, en particular, que se la conceda sólo respecto de los menores de 50 años y que los varones puedan gozar de su libertad sólo después de cumplidos 21 años y con el requisito previo de saber un oficio o profesión con que pueda sostenerse. La idea que se escondía detrás de estos criterios de gradualidad era la de prever un estado de indefensión. De allí que la indemnización sólo procediera una vez que se materializara el hecho respectivo, esto es, que el esclavo se hiciese efectivamente libre. Es evidente que, tras casi 200 años después de estos hechos, el criterio de gradualidad expresado no parece admisible y que dicha actitud de “mesura” escondía sólo en forma retórica un buen propósito.

Con todo, esta moción fue desestimada por el Senado Conservador por una razón de forma, aduciendo que esta moción fue presentada fuera de plazo y que, por tal razón, correspondía que el Director Supremo procediese a promulgar la ley de libertad de los esclavos de 1823, lo que efectivamente ocurrió días después (24 de julio de 1823). Es decir, por una razón de forma, pero se planteó el debate, se planteó allí y ya entonces estaba planteada la idea si procedía o no procedía la indemnización al propietario de los esclavos.

En segundo lugar corresponde tener a la vista el pronunciamiento que efectúa el Congreso Constituyente con motivo de una representación rubricada por varias señoras contra la ley de libertad de los esclavos dirigida al Director Supremo y que éste comunicó al Congreso Constituyente mediante un oficio. En definitiva, el Congreso Constituyente, demostrando una actitud enérgica, desestima esta petición acordando lo siguiente: “Se acuerda: ... 4° Devolver la representación que varias señoras han hecho contra la lei de libertad de los esclavos a fin de que venga en forma i no falte al decoro debido a las autoridades” (sic) (Acta de la Sesión 17ª, de 3 de septiembre de 1823, pág. 140).

Otro antecedente digno de mención es la moción elaborado por el prebendado señor Elizondo para que se suspenda la ley de libertad de los esclavos en los que no tengan oficio o recursos de subsistencia para que no se abandonen al ocio y a los vicios. Esta moción, al igual que la del Director Supremo ya mencionada, fue desestimada en los siguientes términos: “Se acuerda: ... 5° No admitir a discusion una mocion del prebendado señor Elizondo, para que se suspenda la libertad de aquellos esclavos que no tengan oficio o medios de subsistencia” (sic). Esta determinación del Congreso Constituyente es expresión de la actitud resuelta que en estas materias ya poseía y que, meses después, quedaría reflejada en el texto de la Constitución que aprueba.

Finalmente, hay un hecho inmediatamente posterior que fue el recurso de un particular propietario de esclavos, don



Jacinto Espínola, quien tiene la siguiente situación. Él es residente en la ciudad de Mendoza y la promulgación de la ley que abole la esclavitud le sorprende en un tránsito de un viaje desde la ciudad de Mendoza (Argentina) a la ciudad de Santiago de Chile. Solicita el señor Espínola, en un recurso que plantea ante el Director Supremo, que *“se declare que la ley que ha abolido la esclavitud, no debe comprenderle por ser transeunte en el país”* (sic) (Congreso Constituyente. Acta de la Sesión 28, de 26 de septiembre de 1823. Pág. 243). Aduce el afectado que la entrada en vigor de esta ley le ha sorprendido en una situación de tránsito, esto es, que posee la condición mero transeúnte y que, por ende, no corresponde que se le extienda el rigor de la ley. En otras palabras, que al momento de partir desde Mendoza no regía aún la ley que le causa el agravio y que, por lo mismo, no podía aplicársele con criterio retroactivo, pues al momento que inició su viaje hacia Chile no estaba vigente la ley que abolía la esclavitud.

Este recurso, después de un informe de la Comisión de Justicia del Congreso Constituyente, fue desestimado en atención a que el señor Espínola no era efectivamente transeúnte, como aducía el señor Espínola, sino que él tenía residencia también en Chile, toda vez que poseía algunos establecimientos de comercio en la ciudad de Santiago. Por tanto, no podía aducir la condición de transeúnte. La Comisión de Justicia del Congreso Constituyente razona de la siguiente manera: *“La Comision de Justicia, observado el literal contesto del senado-consulta de 23 de Junio, cree que la lei de libertad de esclavos comprende a los de don Jacinto Espínola. Ella habla de todos los que pisen el territorio de Chile, en el cual residen éstos; ¡ Espínola no es, como se supone, un transeúnte, sino un hombre avecindado en Santiago, con ejercicio de los derechos de ciudadanía; pues se enumera entre los mercaderes i tiene tienda propia; i a quien alcanzarían, como las utilidades, las cargas, aunque la lei, por otro respecto, no lo comprendiera”* (sic) (Véase en: Congreso Constituyente. Acta de la Sesión 30, de 1° de octubre de 1823, pág. 270). El razonamiento del Congreso Constituyente no deja de tener actualidad pues, no obstante desestimar la reclamación formulada por el particular, en forma implícita asienta el criterio de que al menos debiera velarse porque los efectos de una ley no alcancen en forma retroactiva a quienes, de buena fe diríamos, realizaron una actuación o ejercieron una facultad derivada de su derecho de dominio con antelación a la entrada en vigencia de la ley nueva.

Todos los antecedentes expuestos son de alto interés porque la Constitución se aprueba unos pocos meses después. Es decir, el mismo Congreso Constituyente, que conociendo estas situaciones, procede a aprobar la Constitución Política del estado de Chile del año 1823 y, por ende, la abolición definitiva de la esclavitud sin indemnización previa o posterior, en términos bastante semejantes a lo que actualmente dispone nuestro actual texto constitucional en su Artículo 19 N°2.

Una consideración respecto de esto: ¿Por qué es importante este caso? Este caso es importante por dos consideraciones. Porque más allá de la evidente para todos nosotros improcedencia de que exista una propiedad sobre personas, el hecho concreto es que la validez de este antecedente dice relación porque, de acuerdo a la Constitución y a la ley precedente, existe un “bien” que ya no es susceptible de derechos de propiedad. Es decir, la naturaleza de este precedente es que se trata de un bien que, a juicio de la potestad constituyente, deja de ser susceptible de apropiación y que esta declaración no lleva aparejada una indemnización. Este ejemplo tenemos que tenerlo a la vista ante eventuales cambios que pudiera imponer la futura Constitución, especialmente si declarase que ciertos bienes no son susceptibles de propiedad particular o de cualquier otra.



ABOLICIÓN DE LOS MAYORAZGOS

Los mayorazgos corresponden a una institución heredada del período de la Colonia y que, en síntesis, importaba considerar un conjunto de bienes como una universalidad no susceptible de división. El desarrollo de esta institución, con el paso del tiempo, tendió a la concentración de la propiedad inmobiliaria en pocas manos.

No extraña por ende que con el advenimiento de la República existieran diversos intentos por abolir esta institución, lo que sólo se produjo con motivo de la aprobación de la Constitución de 1828, especialmente en atención a lo prescrito en sus Artículos 126 y 127.

En forma previa, ya el Director Supremo señor Bernardo O'Higgins en el año 1819 expidió un decreto supremo por medio del cual procedía a la abolición de los mayorazgos, el cual fue objeto de un recurso por parte de doña Juana Dumont, madres del prófugo don José Gregorio Toro (Senado Conservador. Acta de la Sesión 89, de 7 de junio de 1819, pág. 13), para que el Senado Conservador dictaminara sobre si convenía o no llevarlo a efecto. El Senado Conservador dispuso que una Cámara de Justicia integrada por José Antonio Rodríguez, Juan de Egaña (Juan Egaña) y José Antonio Astorga elaborara un dictamen previo. Este dictamen se expidió con fecha 16 de agosto de 1819 (Acta de la Sesión 114 del Senado Conservador de la misma fecha) y allí se propone extinguir y prohibir en todo el Estado de Chile la facultad de instituir mayorazgos de cualquiera naturaleza que sean (Artículo Primero) y que los mayorazgos ya instituidos y en actual posesión se conservarían según el orden de sus establecimientos (Artículo 2°) pero con las modificaciones que se indicaban en los Artículos 3° y siguientes. Entre las normas destinadas para atemperar la extinción súbita de esta institución el Dictamen proponía lo siguiente: "*Art. 7° Serán libres los padres i ascendientes para dividir entre sus hijos i descendientes i para enajenar los fundos amayorazgados, con tal que quede bien asegurado el todo o parte del capital que corresponde al vínculo, para que se hagan efectivos sus réditos al favor del llamado; pero se prohíbe esta facultad a los poseedores cuyos sucesores nos sean sus hijos o descendientes*" (sic). En suma el criterio de esta Cámara de Justicia era "*disipar de pronto la alarma que un decreto absoluto de estincion de mayorazgos pudiera haber ocasionado en otras provincias de América que suspiran porque les auxiliemos a lograr su independencia; pero que su masa, poderosa e influyente en las opiniones, goza cuantiosos mayorazgos*" (sic). La finalidad de ser cautelosos, entonces, derivaba al decir de estos comisionados en una cuestión de política internacional, más que en una pretendida cautela de los derechos de los "poseedores" de los mayorazgos y del "llamado" a éstos. Finalmente el Senado Conservador adoptó el siguiente Acuerdo: "3° No declarar, por ahora, la subsistencia del decreto de abolición de los mayorazgos; ..." (Senado Conservador. Acta de la Sesión 174, de 17 de diciembre de 1819).

Más adelante, con motivo de la discusión de la Constitución de 1823, se presenta la Moción del señor Larraín sobre supresión de mayorazgos (véase en Acta de la Sesión 18ª, de 4 de septiembre de 1823, del Congreso Constituyente, pág. 146). ¿Cuál es la situación que plantea? Entre otras tantas situaciones, la que me interesa reflexionar es que el señor Larraín, junto con promover la abolición de esta institución "que no tengan el preciso objeto de obra pía" (Artículo 1°) propone el Artículo 3° de su moción, a fin de atenuar el rigor de la extinción inmediata de los mayorazgos, que "*si existiese sucesor inmediato, o concebido i por nacer (sobre lo que se estará a las disposiciones del derecho) éste será precisamente mejorado en el tercio i remanente del quinto del valor que actualmente tengan los bienes vinculados*" (sic). Esta propuesta normativa recogía el interés de salvaguardar, en alguna medida, las expectativas patrimoniales del sucesor inmediato a heredar el universo de bienes.



Este caso por eso es interesante, porque aquí también se plantea la idea de resguardar derechos de naturaleza patrimonial existentes a la época en que entra en vigor una nueva Constitución. En la especie, la Constitución de 1828 desconoce por completo estas inquietudes, toda vez que esta norma constitucional entró en vigor tal cual como se contiene en los Artículos 126 y 127, sin adoptar esas medidas de resguardo de los derechos de los actuales poseedores de mayorazgo y de los sucesores llamados a heredar la universalidad de bienes vinculados.

El criterio adoptado por el Constituyente del año 1828 es congruente con los criterios recogidos en la Ley N° 18.152, publicada en el Diario Oficial con fecha 2 de agosto de 1982, por medio de la cual se interpreta la garantía constitucional sobre derecho de propiedad en relación con la reajustabilidad de pensiones. Esta ley interpretativa de la Constitución se orienta en la dirección que sólo están cobijados por el derecho de propiedad aquellos derechos o situaciones jurídicas consolidadas, y no cubren las pretensiones que constituyan meras expectativas o situaciones jurídicas no consolidadas. Estimamos que este precedente posee relevante valor al momento de definir, en el evento que se apruebe una norma constitucional que afecte derechos patrimoniales, cuándo procedería el pago de una indemnización o el establecimiento de normas de resguardos de derechos o situaciones jurídicas preexistentes.

LEY 16.615, DE 1967.

Un tercer ejemplo que quiero traer a la lista es la Ley de Reforma Constitucional N° 16.615 del año 1967, que facilitó el proceso de reforma agraria, y que modifica particularmente el Artículo 10 número 10 de la Carta Fundamental de 1925.

Interesa en este punto traer a la vista la modificación que específicamente se introdujo en relación con derechos de aguas. En la nueva redacción que se introduce al Artículo 10 N°10 de la Constitución de 1925, “la ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular”. A continuación se dispone un régimen de indemnización a los concesionarios de un derecho de aprovechamiento, en los siguientes términos: “...sólo tendrán derecho a la indemnización cuando, por la extinción total o parcial de ese derecho, sean efectivamente privados del agua suficiente para satisfacer, mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción”. Esta norma constitucional sienta un precedente que podría considerar el futuro Constituyente, cual es que aquí se restringe el derecho a indemnización a quien es titular de un derecho de aprovechamiento de aguas que actualmente “use” dicho derecho. Ciertamente este antecedente no favorece a quienes especulan con la titularidad de derechos de aprovechamiento de aguas y a quienes, aun cuando posean la recta intención de hacerlo, no hacen un uso actual de los mismos.

LEY 17.450, DE 1971.

Un cuarto ejemplo, quizás el más vigoroso y reciente. Más que reciente, se trata de un ejemplo actual y vigente. Es el relacionado con la Ley de Reforma Constitucional N° 17.450 del año 1971, en relación con la nacionalización de la gran minería del cobre. ¿Por qué decimos que éste más que actual es vigente? Porque la Disposición Transitoria Tercera, ya mencionada, concede actual aplicación a la Disposición 17ª Transitoria de la Constitución de 1925, introducida mediante la referida Ley N° 17.450.



Particularmente, es esta Disposición 17^a Transitoria la que establece la nacionalización y las reglas de procedimientos y criterios de indemnización a los entonces propietarios de las empresas nacionalizadas.

Decía que la N° 17.450 introduce un nuevo concepto compensatorio, cual es el de una “adecuada indemnización”. De esta “adecuada indemnización” vamos a conversar más adelante, pero acá ya se contiene un antecedente que es muy importante: Por vez primera una ley de reforma constitucional establece en sus disposiciones la procedencia de indemnizar para el caso que la nueva norma constitucional irroque directamente una afectación a derechos patrimoniales. Esta ley de reforma constitucional establece como precedente que afectando derechos patrimoniales corresponde una indemnización. Por tanto, me parece que este derecho a una indemnización configura un estándar que es muy difícil que una futura Constitución pudiese ignorar abiertamente.

Es decir, cuando se dan ciertos presupuestos de afectación a ciertos derechos patrimoniales, existiendo la noción de que se afectan derechos patrimoniales y se irroga un perjuicio al afectado, procedería la indemnización de acuerdo a este precedente que tenemos a la vista. A decir verdad, dicha ley es probablemente de aquellas leyes de reforma constitucional que ha gozado de la más amplia y universal aceptación por todos los sectores políticos de la Nación. Acordémonos que esta ley de reforma constitucional fue aprobada por la unanimidad del Congreso Nacional.

También esta ley de reforma constitucional establece otra regla. Dice, textualmente, que “no habrá lugar a indemnización alguna por los derechos sobre yacimientos mineros”. Esta ley de reforma constitucional dispone un régimen indemnizatorio y establece criterios de indemnización, pero descarta que proceda indemnización alguna respecto derechos sobre yacimientos mineros, es decir, sobre derechos mineros. Lo que fundamentalmente da lugar a la indemnización es el valor actual de libro de la empresa afectada y también autoriza la deducción del monto de la indemnización por una serie de conceptos y revalorizaciones que allí también se señalan.

DISTINCIÓN ENTRE NACIONALIZACIÓN Y EXPROPIACIÓN.

Si bien la nacionalización y la expropiación podrían ser especies de un mismo genérico (la privación del dominio de un bien o de una parte de éste), existen algunas diferencias que convendría tener presente:

1° La nacionalización se dispone directamente por mandato constitucional, mientras que la expropiación, en los términos establecidos en la Constitución, procede por disposición legislativa o por acto administrativo con arreglo a lo previsto en la ley.

2° La nacionalización suele prescribir reglas de procedimientos, de toma de posesión material y de indemnización “especiales”. En otras palabras, mientras la expropiación debe ajustarse a los criterios establecidos en la Constitución, la nacionalización importa el ejercicio directo de la función constituyente.

Es por estas consideraciones que consideramos valioso que nuestro Constituyente del año 1971 adoptara el criterio de que es preciso indemnizar a los dueños o propietarios de la empresa nacionalizada.



CRITERIOS DE INDEMNIZACIÓN.

Nuestro sistema jurídico prevé en la actualidad tres criterios distintos de indemnización, a saber:

- a) Concepto de “**daño patrimonial efectivamente causado**”, en materia de expropiaciones (Artículo 19 N°24, inciso tercero, CPR). Esta expresión puede ser complementada con lo previsto en el Decreto Ley N°2.186, de 1978, que aprueba la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, en cuyo artículo 38 se dispone que se indemniza el daño patrimonial efectivamente causado mediante una expropiación que sea una consecuencia “directa e inmediata” de la misma. Es decir, no procede la indemnización por el perjuicio “indirecto” ni el perjuicio “mediato”. Por consiguiente, el régimen actual de expropiaciones en Chile sólo considera el daño patrimonial (excluyendo, por ende, el daño moral) e introduce severas restricciones a la indemnización del denominado “lucro cesante”.
- b) Concepto de “**indemnización justa**”. Este concepto deriva de lo preceptuado en el Artículo 21 apartado 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos, en caso de “privación de bienes”. Conviene tener a la vista que la hipótesis que da lugar a una indemnización “justa” es la existencia de un acto privativo de un bien, cualquiera éste sea. No se precisa qué habrá de entenderse por “justa” y corresponderá al ordenamiento de cada país determinar estos criterios de justicia, sin perjuicio que deban ajustarse éstos en lo sucesivo a las sentencias y opiniones autorizadas provenientes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
- c) Concepto de “**indemnización adecuada**”. Como decíamos, este criterio proviene de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera de la actual Constitución, en relación con lo previsto en la Disposición 17ª Transitoria de la Constitución de 1925 que permanece vigente. Si bien en una primera lectura la expresión “adecuada” podría entenderse que configura un estándar menos exigente que “justo” y, por lo mismo, que podría tener un carácter acomodaticio, estimamos que posee valor normativo la voz “adecuada” en tanto supone un ejercicio de valoración atendiendo las circunstancias del caso y, entre ellas, sin pretender proporcionar un listado exhaustivo de las mismas, la capacidad financiera del Estado, el valor, necesidad o consideración social del bien que se priva, etc.

PALABRAS FINALES.

El objetivo de esta ponencia, al citar algunos antecedentes que provienen del derecho constitucional extranjero contemporáneo y, en especial, de nuestra riquísima historia constitucional, ha sido incorporar algunos elementos al debate sobre una nueva Constitución.

Interesa con particular afán que cualquier transformación que se pretenda introducir en el régimen de los derechos patrimoniales o, en general, en el ámbito económico, se incluya en la deliberación y razonamiento un régimen apropiado de disposiciones transitorias que reduzcan o supriman aquellas injusticias o desequilibrios que pudieran generarse en la carga pecuniaria que exija la satisfacción de justas aspiraciones colectivas.

Es más, es nuestra opinión que la futura Carta Fundamental debiera introducir transformaciones relevantes en el régimen de las aguas, en la propiedad minera y en el beneficio de los recursos pesqueros, entre otras materias. Empero, para asegurar un tránsito ordenado desde una “vieja” Constitución a una “nueva”, es preciso tener una visión prospectiva.



En suma, al plantear la conveniencia de discutir acerca el régimen de transición a una nueva Constitución, creemos estar haciendo un ejercicio de “política constitucional” en serio.

Muchas gracias por vuestra generosa atención.

...Aplausos

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muchas gracias, profesor Quintana.

Corresponde ahora escuchar los comentarios de los profesores que nos acompañan. En primer lugar, el profesor de la Universidad Austral, Fernando Muñoz León, quien cursó sus estudios de Derecho en la Universidad Católica de Chile; posteriormente obtuvo un Magíster en Derecho por la Universidad de Yale y es Doctor en Ciencia Política también por la Universidad de Yale. Él es profesor de Derecho Constitucional y de Historia del Derecho y Teoría Constitucional en la Universidad Austral, y es autor de numerosas publicaciones y artículos publicados en revistas especializadas.

Adelante, profesor.

PROFESOR FERNANDO MUÑOZ L.: Muchas gracias, estimada profesora García.

Debo comenzar agradeciendo, porque mi presencia se debe a una gentil invitación del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile. Le agradezco a la profesora García que me haya cursado esta invitación. Agradezco también que se hayan preocupado de mi traslado hasta acá. Siento que esto de alguna forma es una especie de forma de inclusión para con las regiones, así que estoy enormemente agradecido y les agradezco a ustedes también su presencia.

Me toca una desafiante tarea, comentar una interesantísima y muy lúcida reflexión del profesor Augusto Quintana sobre la lógica de la transitoriedad hacia una nueva Constitución.

Quisiera realizar esa tarea desde una perspectiva –inspirado un poco en el tipo de análisis que hace Bruce Ackerman– que yo llamaría una perspectiva de política constitucional. En esa dimensión voy a tratar de sostener una tesis un tanto provocadora y vamos a ver qué tanto, y la tesis podríamos resumirla, podríamos llamarla, denominarla, como la tesis “Arjona”, la tesis de que el problema no es problema.

No sé si la gente está familiarizada con Ricardo Arjona, pero es un importante ícono de la cultura popular, entonces puede que su idea de que el problema no es problema, en este caso que la transición hacia una nueva Constitución no va a ser problemática, podría resultar interesante de explorar y eso es lo que voy a hacer ahora.

Pero para llegar a hablarles de eso, voy a hacer un breve recorrido antes por algunas precisiones conceptuales. Quisiera comenzar desarrollando un poco una idea que propone Rudolf von Ihering en torno a 1860 en uno de sus trabajos sobre el derecho como lucha. Ihering es uno de los inspiradores de perspectivas precisamente de políticas jurídicas, de Sociología del Derecho. En ese sentido la idea de Rudolf von Ihering sobre qué cosa es un derecho, me parece particularmente interesante para empezar a entender por qué la posibilidad de un tránsito hacia una nueva Constitución no debiera ser algo problemático y en qué sentido no debería serlo.



El punto central de von Ihering, es que un derecho es un interés jurídicamente protegido. No voy a hacer referencia a todo el panorama intelectual anterior a la profesión de Rudolf von Ihering, pero en el fondo podríamos decir que le está diciendo con esto algo a toda la tradición de pensamiento jurídico que se inicia básicamente en la Edad Media, y que podríamos caracterizar como iusnaturalismo, un iusnaturalismo que plantea el carácter evidente de ciertos derechos.

Lo interesante de la proposición de Rudolf von Ihering, que repito un derecho es un interés jurídicamente protegido, es que de alguna saca a la idea de derechos y en general a la idea del derecho, le saca del estatus metafísico que está habitualmente asociado a la idea del derecho natural. ¿Por qué digo esto? Porque cuando hablamos de que el derecho es un interés jurídicamente protegido, entonces estamos hablando de que hay distintos elementos que componen o que concurren a la configuración de qué cosa es un derecho.

En primer lugar, la idea de un interés, y un interés como me parece la palabra lo indica, es un interés de alguien. Los sujetos concretos, los sujetos individuales o colectivos son quienes tienen interés.

Ésta es una intuición que ha desarrollado muy bien la sociología y también el análisis inspirado en la teoría de Karl Marx, también sabemos que los intereses en una sociedad no son coincidentes. Hay muchos intereses que divergen entre sí. Y ahí viene lo interesante: un interés jurídicamente protegido, al momento de proteger un derecho, de crear una institucionalidad que protege cierto interés, estamos realizando una selección entre cuál de todos los posibles intereses que coexisten en una sociedad vamos a proteger.

Entonces, la retórica del derecho natural, la retórica histórica de la tradición jurídica occidental, es una retórica que trata de convencernos de que los derechos evidentemente son aquellos derechos que en un momento determinado estamos protegiendo. Pero si adoptamos esta perspectiva un tanto sociológica sobre qué cosas son los derechos, entonces nos vamos a dar cuenta de que constantemente está en discusión cuáles de todos los intereses que coexisten en una sociedad, van a ser los intereses que vamos a proteger a través de instituciones. Y ahí está clave, entonces.

Prácticamente todos los ejemplos que menciona el profesor Quintana, son ejemplos de momentos en los cuales, a través de cambios que podrían ser caracterizados como incluso revolucionarios, momentos en los cuales un interés que no estaba siendo protegido, un interés que no estaba reconocido, pasa a ser protegido por el sistema jurídico, por la institucionalidad, e intereses que antes estaban protegidos dejan de ser protegidos.

El caso de la abolición de la esclavitud es quizás el ejemplo más evidente. Hay un momento en el cual el sistema jurídico protege el derecho de propiedad de algunos por sobre otros, por sobre otras personas. El derecho de poseer otras personas. Y lo que ocurre es que en un cierto momento el derecho, el sistema jurídico, el Estado deja de reconocer la posibilidad de proteger ese derecho y entonces pasa, de alguna forma, en algún sentido, a proteger el derecho de los liberos, de los antiguos esclavos, a ser libres.

La discusión sobre la abolición de la esclavitud, como bien lo señalara el profesor Quintana, me parece que es un ejemplo, tremendamente útil para efectos de entender esta idea de tránsitos hacia nuevos regímenes.

La discusión sobre la abolición de la esclavitud que se dio en Chile, se dio también, por ejemplo, en muchos otros países, Inglaterra, pero también Estados Unidos. Y una de las discusiones más interesantes, y que ha sido rescatada por la historiografía contemporánea, es la discusión si después de la declaración de emancipación, a través de una proclama de



guerra, a través de un decreto supremo Lincoln declara liberados a los esclavos que vivían, que trabajaban en los Estados del sur, después de una reforma constitucional.

Una de las más interesantes discusiones que ha rescatado la historiografía sobre ese momento, es la discusión sobre si había que indemnizar a los esclavos, cosa que finalmente no ocurrió. Y ésa es una de las discusiones que hasta el día de hoy muchos activistas por los derechos afroamericanos están tratando de resucitar: hay que reparar a los descendientes de los esclavos, hay que reparar a los descendientes de las personas que fueron discriminadas por un Estado segregacionista hasta hace bastante poco, hasta hace 3 décadas.

¿Por qué es importante, entonces, este ejemplo? Porque nos evidencia algo que la teoría de Rudolf von Ihering ya nos anuncia: hay distintos intereses que coexisten en una sociedad, –aquí viene la discusión sobre la nueva Constitución– y el momento en el cual cambia significativamente el sistema jurídico, puede ser un momento en el cual dejemos de considerar como merecedores de protección ciertos intereses y pasemos a considerar otros intereses como merecedores de protección.

Las discusiones contemporáneas que el profesor Quintana cita sobre los posibles contenidos de la nueva Constitución son también bastante elocuentes al respecto.

Cuando se habla de aguas, en el fondo cuando hoy se está hablando sobre una posible reforma al Estatuto del Derecho de Aguas, ya sea a través de reformas legales o constitucionales, en el fondo estamos hablando sobre la lucha de intereses entre comunidades agrícolas en el norte y las empresas mineras.

Cuando hablamos de los derechos de pesca, estamos hablando del conflicto de intereses entre las empresas pesqueras y los pescadores artesanales. Cuando hablamos sobre los posibles cambios en el régimen de propiedad minera, estamos en realidad hablando sobre la discusión que planteó el movimiento estudiantil de renacionalizar el cobre para financiar la educación gratuita y de calidad, y así sucesivamente.

Detrás de estas discusiones que son en principio jurídicas, están discusiones entre conflictos entre grupos concretos de la sociedad que se enfrentan y que en algún momento terminan ocupando el lenguaje del Derecho. Y es muy interesante, en ese sentido, el rol que cumplen precisamente los conceptos jurídicos, los conceptos jurídicos pasan a ser conceptos jurídicos de todo tipo, desde el haber presentado una proposición fuera de plazo. Eso me parece un ejemplo tremendamente interesante, que el Director Supremo no pueda lograr aprobar una cierta propuesta sobre cómo liberar a los esclavos, porque presentó con vicios de forma su planteamiento, en el fondo nos dice que detrás de ese argumento jurídico “usted no presentó en forma cierta propuesta”, lo que hay es llamemos victoria de cierto grupo sobre otro.

Hay otras formas en las cuales los conceptos jurídicos de una manera más evidente terminan articulando estas discusiones entre distintos grupos, y entonces uno podría pensar en que el derecho al agua, si se estableciese, o el derecho efectivo a la educación el día de mañana, serían conceptos que articularían en la forma de derechos subjetivos, triunfos de algunos grupos sociales por sobre otros.

Y aquí viene mi planteamiento central, particularmente considerando que el tiempo avanza rápidamente ¿Cuáles son las lógicas que van a imperar desde la transitoriedad de la Constitución actual hasta la nueva Constitución?



Evidentemente ninguno de nosotros, y mucho menos yo, somos futurólogos. El proceso constituyente que está en curso, como todo proceso constituyente va a tener un resultado incierto. Entonces, lo principal es que no sabemos y que va a depender precisamente de la correlación de fuerzas entre los distintos grupos que están concurriendo a este debate, los distintos grupos sociales, los distintos grupos académicos, los distintos grupos políticos, lo que no sabemos es finalmente cuál va a ser el contenido de la Constitución.

Quisiera sugerir que hay dos modelos fundamentales de nueva Constitución. En realidad, voy a decir que hay tres, pero debieran haber solamente dos. Podríamos decir que los posibles resultados de este proceso constituyente van a ser fundamentalmente dos. Ocupando una frase que popularizó el difunto Senador Adolfo Zaldívar, uno de los posibles resultados es que la nueva Constitución consista en una corrección del modelo. Una Constitución que plantee correcciones al modelo, La idea del “modelo” está bastante instalada en la opinión pública, así que no voy a tratar de explicarla.

Pero una Constitución que busque corregir el modelo, es una Constitución que no va a tener grandes problemas en su lógica transitoria. Porque lo que va a haber en esa Constitución que corrija, serán ciertos ajustes a la distribución económica, a la distribución del poder, a la distribución de los recursos de todo tipo que están contenidos en el actual modelo.

Entonces, una Constitución que básicamente se limite a corregir un modelo, por las razones que sea, porque hayan primado ciertos sectores políticos, porque en el fondo estamos en una etapa de la historia global en la que es imposible abandonar el modelo económico que impera, por las razones que sea, puede ser que la Constitución reformada sea una corrección del modelo.

En ese contexto, lo que va a haber que hacer es sencillamente traspasar, y aquí voy a usar una metáfora un tanto evangélica, lo que habrá que hacer es traspasar el vino viejo a odres nuevos, pero que son odres nuevos preparados precisamente para contener ese vino viejo. No es un problema.

La segunda posibilidad es que haya un nuevo paradigma. Esa es una idea que Fernando Atria ha articulado precisamente a propósito de la discusión sobre los derechos sociales: un nuevo paradigma. No sabemos qué va a ser eso. No va a ser la Unión Soviética; no va a ser Cuba; no va a ser algo radicalmente distinto a lo que existe hoy en día, porque probablemente no existan las condiciones para ello, pero puede que haya nuevos paradigmas en algunos espacios.

Y ahí viene lo más interesante. Incluso en ese caso evidentemente no es problemático que la nueva Constitución sea una corrección del modelo. Pero incluso, si hay un nuevo paradigma en derechos sociales o en regulación económica o en alguno de estos aspectos que tocan directa o indirectamente al derecho de propiedad, si es que hay un nuevo paradigma, entonces ese nuevo paradigma nos va a hacer ver a aquel paradigma que ha sido desplazado como algo incorrecto, como algo que nunca debió haber sido.

Hay muchos partidarios de la Asamblea Constituyente y de la nueva Constitución que justamente están diciendo eso. No hay que cambiar las cosas porque ahora la sociedad sea distinta. Hay que cambiarlas porque nunca debieron haber sido tal como son. Y si llega a haber una nueva Constitución que contenga un nuevo paradigma, entonces para esa nueva Constitución no va a ser un problema desconocer una serie de “derechos adquiridos”, porque el punto, tal como se planteó justamente en otro de los ejemplos que el profesor Quintana recordaba, tal como se planteó en la reforma constitucional de 1971, que nacionalizó el cobre, lo que va a haber detrás va a ser la idea de que nunca debió haber sido,



nunca debió haber existido la regulación que se está reemplazando.

Y uno de los casos, uno de los elementos más interesantes precisamente de esa reforma, es que esa fue una reforma constitucional, la reforma del 71, que en los hechos negó cualquier tipo de compensación a las empresas mineras, ya sea porque según el concepto jurídico que inventó Eduardo Novoa, porque esas empresas habían tenido durante largos años utilidades excesivas y que por lo tanto compensaban aquello que en teoría se le debía compensar a las empresas mineras extranjeras, o bien porque como mencionó el profesor Quintana, en algunos casos sencillamente se desconocía el derecho a ser indemnizado por ciertos tipos de derechos mineros.

Entonces, en el caso de que haya un nuevo paradigma, un genuino nuevo paradigma, tampoco va a haber un problema en la transitoriedad, porque va a haber una serie de situaciones de intereses, que antes habían estado jurídicamente protegidos, que van a ser considerados indignos de protección.

Les dije que había dos modos posibles de resultados y hay también un tercer resultado. Les dije que en lo medular hay dos resultados, pero hay un posible tercer resultado, que es el que no debiera ser considerado, que es la posibilidad de que exista una constitución Gatopardo.

Ya que cité a Ricardo Arjona, creo que me merezco poder citar a Carlos Marx. En este sentido. Marx, en uno de sus textos más interesantes habla de la Constitución francesa de 1848, y dice lo siguiente:

“básicamente la nueva Constitución no era más que la edición republicanizada de la Carta Constitucional de 1830. La antigua organización administrativa, municipal, judicial y militar se mantuvo inalterada, o allí donde la Constitución la cambió, la modificación afectó al índice, no al contenido. Al nombre, no a la cosa.”

Entonces, existe la posibilidad, ha existido históricamente, ha ocurrido, y sigue existiendo en todo momento de que una nueva Constitución trate, plantee, diga de sí misma que consiste en un nuevo paradigma, pero también siempre existe la posibilidad de que ese reclamo de uno mismo, eso que uno diga de sí mismo, en este caso lo que la nueva Constitución diga de sí misma, si esta nueva Constitución dice de sí misma que es un nuevo paradigma, pero en el fondo no consiste más que en una edición republicanizada de la Constitución de 1980, entonces el tipo de problemas que van a surgir de la transitoriedad –vuelvo a citar a Marx–van a ser problemas sobre cómo modificar el índice, no el contenido, y el nombre, no la cosa, no la sustancia de lo regulado constitucionalmente.

Esos son los comentarios que tengo por ahora y les agradezco mucho su atención.

...Aplausos

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO:

Gracias, profesor Muñoz.

A continuación escucharemos entonces al profesor Ramón Huidobro, quien es profesor de esta casa de estudios, de

la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile., donde también cursó sus estudios. Tiene estudios de Magíster en Derecho en la Universidad de Chile y un Diplomado de Estudios Avanzados Europeos, y es candidato a Doctor en Derecho Administrativo por la Universidad de Alicante, en España.

Es profesor de Derecho Administrativo y de Derecho Municipal de esta Facultad, y además es autor de varias publicaciones referidas, fundamentalmente, a las áreas de Probidad Administrativa, Función Pública, Derecho Administrativo Militar y Derecho Municipal.

Tiene la palabra, profesor Huidobro.

PROFESOR RAMÓN HUIDOBRO S.: Muchas gracias, profesora Ana María García por invitarme.

Primero felicitar al profesor Augusto Quintana por su ponencia. Realmente muy interesante, porque nos llama a reflexionar sobre muchos puntos, y aquí viene la parte fea que yo siempre le digo.

Con el profesor Quintana coincidimos en muchas cosas que son valiosas, y la más valiosa de todas es la amistad. Pero vamos a discutir de esas otras cosas básicas. Por ejemplo, no me gusta hasta el título, porque yo creo que esto del tránsito de una vieja Constitución a una nueva Constitución es un poco complejo, porque la Constitución del 80, si la vemos en el contexto internacional e histórico es más bien nueva y no tan vieja. Y la Nueva Constitución, yo creo que tampoco va a ser tan nueva. Algo tomará de la Constitución actual.

Por ejemplo, el tránsito de la Constitución del 25 a la del 80 es más o menos de ese estilo. Y en chileno, esto de las transformaciones más absolutas, a veces es para el discurso, pero después la norma no dice esas cosas. Y esto ¿por qué lo digo? Lo digo por el tema del régimen de transición.

Lo voy a poner en problemas, profesor Quintana. Primero, está el régimen de transición que es el que lógicamente, desde la perspectiva del régimen constitucional, tú ves qué disposiciones transitorias vamos a tener. Perfecto, pero es que también hay otra transición: el vivir en esta Constitución que hoy tenemos, a vivir en la otra Constitución que nos vendrá. El vivir entre una y otra.

Si haces un análisis más bien no de tipo normativo, sino de tipo empírico, hay mucha norma que en esta Constitución quedó por ahí, incluso, sin aplicar. Y voy a dar un ejemplo que para nosotros los administrativistas siempre ha sido el ícono. El fariseísmo extremo fue el tema de los Tribunales Constitucionales Administrativos. Estuvo en el 87 de la Constitución del 25, pasó a la Constitución del 80 en el artículo 38, y nunca se aplicó. Vino la reforma del año 89, que cambió la expresión contencioso administrativo por tribunales que establece la ley, y de ahí la cosa hemos ido evolucionando gracias a la jurisprudencia, pero no ha habido nunca una norma transitoria, y nunca se aplicó.

Entonces, esto también va muy aparejado a cómo somos nosotros como sociedad, a cómo somos como cultura. Este excesivo normativismo, mientras esté en la norma, estamos tranquilos. Y eso a mí siempre me ha preocupado y me ha llamado la atención. Y yo también como académico me hago esa crítica, porque somos muy de la teoría y a veces examinamos poco cómo se va dando la práctica.

Otro ejemplo. El tema del régimen transitorio va, y comparto plenamente con el profesor Muñoz lo que ha planteado. Yo lo tenía de otra forma menos académica en cuanto a la modificación del modelo: “no pensemos en cuánto ganaremos con la venta



de las aceitunas antes que plantemos los olivos”. Entonces, aquí hay un tema. O sea, aquí nosotros en el régimen transitorio sin tener claro qué va a ser el sustrato, qué va a ser en definitiva la esencia de lo que se va a modificar, es complejo ver que también transitoriamente vamos a dejar y qué otra cosa no. Máxime que existe esa cosa que nosotros los administrativistas siempre tenemos muy presente, que las leyes en materia de derecho público tendrían que regir in acto. Entonces ahí hay otra duda.

Comparto y me alegro que en este caso el profesor Quintana se haya convertido en un defensor acérrimo de la propiedad, en definitiva, de las situaciones jurídicas consolidadas al amparo del Derecho. En cuanto a las que no se han consolidado al amparo del Derecho, ahí vamos a tener que desgranar el tema. Él abarca el tema de la propiedad, y en eso yo creo que en mayor o menor medida, creo que todos estamos bastante de acuerdo.

Pero el problema son los énfasis, otra vez. O sea, qué protegemos. ¿Protegemos tanto que mantenemos el statu quo y transitamos a través de las disposiciones transitorias de la vieja Constitución a la nueva Constitución sin cambiar nada? Es un tema también, porque en esto los eufemismos nos ayudan.

Yo iba a agregar otra cosa al profesor Quintana. Aparte del régimen de los bienes públicos, que él planteaba, yo me hice un pequeño esquema desde la perspectiva del servicio público. Si cambiamos el modelo, cambiamos los énfasis del rol del Estado, el nuevo servicio público que habría en esta nueva Constitución va a tener un régimen transitorio o vamos a aplicarlo in acto. Porque aquí, por ejemplo, estamos cambiando paradigmas hoy día, con la nueva ley de educación, la desmunicipalización, el tema de la gratuidad. Yo creo que eso va a tener efectos.

En una conferencia anterior sobre el tema de la Constitución, yo planteé el tema de cambiar los énfasis del servicio público no requiere cambio constitucional, porque ahí está la Constitución. Es tema de cuánto usted quiere invertir y poner énfasis. Si el estado quiere ponerse encima de los temas y realmente llevarlos a cabo y llevarlos adelante.

Por ejemplo, experiencias como la que estamos viviendo ahora autogeneradas y en esta municipalidad vecina, que está aquí al otro lado de la calle y que es Recoleta, como la farmacia, para controlar esta tremenda subida de los medicamentos y tener la posibilidad de que las personas accedan a los medicamentos ¿estará contra la libertad económica? No, porque no hay lucro. El alcalde no está ganando dinero con vender medicamentos.

Entonces, esos temas van quedando en estos intersticios. Esta gran empresa que se está hoy día pensando, hablando, genera una importancia radical en el tema de la transitoriedad, pero por supuesto.

Después, en el régimen orgánico, las competencias, las fusiones de servicios públicos, plantearse si ciertos órganos tienen que estar en la Constitución o no. La Contraloría antes no estaba, ahora está. ¿Debería estar? No debería estar.

Porque, por ejemplo, profesor Quintana, vea lo que ha ido pasando en otros temas, que han sido desarrollados ni siquiera por norma constitucional, pero que hoy día son un avance sustantivo. Por ejemplo, la tutela de derechos fundamentales en materia de función pública a través de la sede laboral, de la tutela de derechos fundamentales en el ámbito laboral. O sea, si a mí me lo hubieran contado hace 10 años, yo hubiera dicho no, imposible. Pero bueno, ahí lo tienen.

También a veces uno tiende a mirar la estructura y al final de cuentas se queda en la discusión entre el modelo y la estructura, y no ve cómo el valor de la norma, el valor en definitiva de la sociedad, de cómo aprender a vivir en Constitución, también es un valor a incorporar a la discusión.



Compartiendo plenamente lo que el profesor Quintana ha planteado en materia de propiedad, con mayores énfasis o menos énfasis, pero eso también tiene que ir reflejado a otros grandes temas que nuestra Constitución plantea en su parte orgánica, en cuanto a las instituciones, y especialmente al rol del Estado.

Porque, por ejemplo, si vamos a hacer, como decía el profesor, un cambio de paradigma, algunos pensamos que el tema de los cambios de paradigma también tiene otros problemas. ¿Cuánto cuesta el cambio de paradigma? ¿Cuánto cuesta el régimen de transitoriedad? Y después el problema fundamental: ¿quién lo paga?

Ahí es donde en definitiva creo que está el tema abierto, están las interrogantes abiertas y también para nosotros como académicos es un tema a reflexionar

Pero yo creo que todavía estamos demasiado en pañales, al inicio, en el tema de saber los contenidos específicos para ver si efectivamente habrá una mayor o menor transitoriedad, o si existe necesidad de que haya una norma transitoria, en determinada materia o no, cuando ya tengamos plantados los olivos, que algunos distinguidos constitucionalistas trabajarán arduamente para ello.

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Hemos visto distintas miradas, distintas apreciaciones sobre este tema, algunas coincidencias también.

A continuación, ofrezco la palabra al público para preguntas.

Por favor, se identifican antes de su pregunta, y vamos a recibirlas todas para luego proceder a las respuestas.

Primera pregunta

RENZO GILARDONI: He asistido a otros paneles y no sé si dirigírsela al panel o al profesor Muñoz.

Entiendo que es muy interesante reflexionar y todo sobre cambiar estatutos legales, sobre la propiedad minera y todo, pero al menos el caso de la propiedad minera, entiendo que aquí se hacen abstracciones. Creo que como está la situación con el precio del cobre, no sé a quién se le podría ocurrir, abstrayéndose de lo concreto que está pasando, que a alguien se le podría pasar por la cabeza renacionalizar el cobre, cuando en realidad lo que habría que hacer es venderlo, viendo cómo incluso hay divisiones de Codelco que ni siquiera operan y no sé cómo puede seguir operando. Por eso no sé cómo a alguien se le puede ocurrir hablar de renacionalizar y cambiar la propiedad minera. Supongo que serán abstracciones, no más.

Lo otro el tema del famoso cambio de paradigma, me hizo recordar una columna de Carlos Peña que decía que todo este tema del cambio de paradigma es pura retórica. Y creo que tiene mucho de eso: pura retórica, porque era a propósito del famoso realismo sin renuncia. O sea, era solamente retórica, no era nada con sustancia. Este intento de cambio de paradigma creo que se va a agotar en lo que es la reforma escolar, porque la reforma universitaria veo que no va para



ninguna parte. Entonces, el cambio de paradigma, digamos, fue a medias, y los resultados del intento de cambio de paradigma ya los estamos viendo. Entonces, creo que no le auguro mucho éxito a ese famoso cambio de paradigma.

Segunda pregunta

CRISTIÁN ROMÁN: Quería hacer la siguiente consulta en general al panel, pero especialmente al profesor Augusto Quintana.

Él plantea un derecho a indemnización que debiera establecerlo el propio constituyente frente a la eventualidad de que la nueva Constitución afectara derechos adquiridos, situaciones jurídicas consolidadas.

Mi pregunta es la siguiente. ¿Qué es lo que acontece si es que el constituyente omite hipótesis en las cuales eventualmente afecta derechos adquiridos, situaciones jurídicas consolidadas? Vale decir, las afecta pero no reconoce esa hipótesis y por tanto no establece una disposición transitoria. Es decir, si pueden los Tribunales de Justicia abocarse sobre esa materia y establecer el derecho a la indemnización. Lo digo porque actualmente existe una tendencia en la Corte Suprema que cabe responsabilidad del Estado en tanto legislador, solo en la medida que la propia ley reconozca la hipótesis. Si no está reconocida, pues bien no cabe responsabilidad, sino solamente en los términos que la ley expresamente señala.

Esa es mi consulta.

Tercera pregunta

JORGE ABARCA: Soy arquitecto y la verdad es me gustó mucho la visión del profesor Muñoz, en el sentido de que efectivamente la Constitución actual obviamente protege ciertos intereses. Está claro. El problema es si esos intereses responden a la mayoría de una población o a una minoría. Yo tengo la impresión de que responden más a una minoría. De hecho, hemos visto situaciones complejas como las famosas colusiones.

Aquí un participante que hizo preguntas con respecto al cobre y señaló hay que venderlo.

¡Mejor quedémonos sin cobre, entonces quedamos sin sueldo para Chile! ¡Fantástico, macanudo!

Entonces, al final vendamos el agua y el que no la puede comprar, bueno, que se muera de sed y punto. Se acaba el problema. Está fantástico, la forma de exponer me parece terrible, realmente increíble.

El tema de la farmacia. Pienso que la Constitución actual efectivamente no permite o dificulta mucho la posibilidad de emprender al Estado o a las entidades del Estado.

No soy abogado, pero hay un artículo en la Constitución –no recuerdo bien– en que dice que para poder emprender el Estado tiene que primero tener la venia del Congreso con un quórum calificado. Entonces, ese tipo de cosas evidentemente impiden que el Estado pueda emprender. Segundo, si emprende, tiene que emprender con una visión del privado, no con una visión de un Estado que beneficie el bien común.

Disculpen lo largo, pero me parece interesante que esta discusión se dé en estos términos, que no los había escuchado antes. Muchas gracias.



Cuarta pregunta

GONZALO GARCÍA CAMPOS: Soy abogado de acá de la Facultad. Mi pregunta es para el profesor Muñoz. Quería preguntarle en la perspectiva de la vieja Constitución o del lugar desde el que comenzaría el tránsito ¿cuáles serían a su juicio los enclaves, por decirlo de algún modo, que habría que cambiar o que superar para dar lugar a un cambio de paradigma o una nueva correlación de fuerzas o intereses distintos que se protejan?

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Vamos a proceder a las respuestas en el mismo orden de las preguntas, comenzando por el profesor Quintana.

PROFESOR AUGUSTO QUINTANA B: Primero, tres alcances simplemente.

Lo primera es que quisiera que se entendiese bien el sentido de la ponencia. Es evidente que cuando planteo la pertinencia de preguntarse si en algunas hipótesis corresponde indemnizar, y en su caso cuáles son los criterios que correspondería aplicar, es porque decididamente estoy pensando en la conveniencia de introducir cambios significativos en la nueva Constitución, en relación a lo que hoy día tenemos. Y precisamente también para hacerlo de una manera que sea ecuaníme. La intencionalidad detrás de esta ponencia es ésa.

Claramente soy partidario de que exista un cambio significativo en algunas materias, por ejemplo las que enuncié al principio de mi ponencia. Pero este debe hacerse con ecuanimidad. Tiene que hacerse de la manera menos traumática posible; tiene que hacerse de una manera ordenada, porque el prestigio de la nueva Constitución comienza desde el día en que la comenzamos a elaborar, pero también porque va a tener que hacerse cargo, no esta Constitución, la próxima va a tener que hacerse cargo de las dificultades que comiencen a surgir en la realidad social. Y va a tener que hacerse cargo también de aquellas dificultades que surjan precisamente de su aplicación.

Aquí simplemente recojo algo que se planteó por ahí, en esta tarea surge la importancia de una arquitectura constitucional, de una política constitucional que tenga a la vista, al momento de discutir la propiedad minera, al momento de discutir la propiedad de las aguas, al momento de discutir la propiedad sobre los recursos pesqueros, tenga a la vista –tengamos a la vista– que esa discusión tiene que tener como horizonte un proceso que tiene que hacerse cargo, entre otras cosas de lo que estábamos planteando.

En relación con la pregunta específica del profesor Román, qué pasa si se omite o simplemente no se reconoce el derecho de indemnización. ¿Puede acontecer? Sí, claro que puede acontecer.

Qué criterios podríamos aplicar. No conozco muchos criterios. Habrá que ver cómo se resuelven las disputas y las controversias de acuerdo a la Constitución. En nuestro actual jurídico se establece la posibilidad de que por la vía jurisprudencial se establezca un derecho a la indemnización.

Hasta ahora yo conozco un solo ejemplo de que sí ha acontecido. Es apropósito de las limitaciones al derecho de propiedad, en la sentencia del Tribunal Constitucional en el acceso a las playas, se estableció que no obstante que el texto constitucional no establece un derecho de indemnización en el evento de que se proceda a una limitación relevante al derecho de propiedad, allí el Tribunal Constitucional, sobre la base de una interpretación discutible o no, concluyó que efectivamente corresponde en ese evento el derecho a la indemnización. Y estableció que la limitación al derecho de



propiedad en cierta hipótesis causa perjuicio, eventualmente puede dar lugar a una indemnización.

¿Será ese el criterio que empleen en omisión, ausencia, falta de texto expreso, las nuevas autoridades que surjan de esa nueva Constitución? Habrá de estarse a lo que acontezca, pero en cierta forma mi criterio es que si hay un perjuicio de aquellos que nuestra historia constitucional ha reconocido, de que corresponde ser indemnizados, mi propuesta es que efectivamente se tienda a consagrar en la norma ese derecho a la indemnización.

Una última consideración, simplemente. Es evidente que una nueva Constitución no puede partirse discutiendo, como bien plantea el profesor Huidobro, por los frutos, por las aceitunas, sin todavía pensar cómo va a ser el árbol. Pero no me imagino el árbol sin aceitunas. Siguiendo el mismo símil no me imagino un árbol sin aceitunas. Lo que yo tengo que concebir es un árbol con aceitunas. Por tanto, en mi reflexión y mi arquitectura, tengo que hacerme cargo de las consecuencias y efectos de las nuevas normas jurídicas. Haciendo eso creo que estoy haciendo política constitucional en serio.

Muchas gracias.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Profesor Muñoz, adelante.

PROFESOR FERNANDO MUÑOZ L.: Yo voy a tratar de resumir las cosas que se han dicho y reaccionar frente a ellas.

De alguna forma voy a ocupar la pregunta sobre qué cambiar para que haya un cambio de paradigma, yo quisiera decir que esto lo digo como alguien que se aproxima al Derecho más bien con una mirada externalista.

Como mencionaba la profesora García, yo hago clases de Historia del Derecho, y lo que me resulta más intelectualmente interesante es la Sociología del Derecho, es decir, miradas que tratan de entender el Derecho como cosas que pasan en la realidad, no solamente como lo que el Derecho dice de sí mismo.

En ese sentido, me parece tremendamente importante entender que no va a depender de un cambio de palabras en la Constitución el cambio del modelo, el cambio del paradigma.

Si me preguntasen a mí de qué depende, diría que depende del sistema de partidos políticos. Lo que yo creo que marca el surgimiento del Estado de compromiso en los años 30, y por lo tanto el surgimiento del Estado interventor, es más bien el desplazamiento del centro gravitacional político desde el partido liberal, que fue el eje que articuló el predio parlamentario, hacia el partido radical y hacia, sobre todo también, al partido socialista.

¿Por qué estoy diciendo esto? Porque lo que explica que haya existido un Estado regulador que se hacía cargo de proveer derechos sociales, regular la economía, garantizar ciertos precios para ciertos bienes básicos –nada de eso pasó porque la Constitución lo haya ordenado– eso pasó porque llegó el Frente Popular al Gobierno y logró instalar una concepción de cuál era el rol del Estado, que incluso llegó a ser asumida en algún momento por algunos sectores de la derecha.

Coincidentemente hoy día buscando el libro de Marx, porque lo tenía en inglés y no en castellano, me encontré con este otro libro, La conversión de los socialistas chilenos, de Esteban Valenzuela, que fue diputado y también es historiador.

Lo que él hace es un ejercicio que han hecho muchos, que es explicar los Gobiernos de la Concertación desde la perspectiva de las transformaciones culturales y políticas del Partido Socialista.



Entonces, si me preguntan a mí –hay diversidad de opiniones sobre esto, pero yo creo que es más importante sobre qué cambios debiera haber para que hubiese un nuevo paradigma sobre el rol del Estado - uno debiera preguntarse sobre cuáles cambios en la composición del sistema de partidos van a ocurrir.

En ese sentido, lo más interesante que ha pasado y que ya ocurrió, son el sistema, el reemplazo del sistema binominal por el sistema proporcional y los cambios que se están introduciendo al sistema de financiamiento de la política, que ha quedado evidentemente claro con los últimos escándalos de SOQUIMICH y aportes reservados, que importa mucho quién financia a los partidos, porque sospechamos –sospechan algunos– que eso termina incidiendo en cuál es la orientación política que se toma. Entonces, el que paga manda, el que pone la plata pone la música. Por tanto, yo diría que es por ahí por donde va a ir la cosa.

Para cerrar esta breve intervención –esto es algo que no me gusta mucho decirlo– quisiera decir que es posible que cambie radicalmente el modelo de Estado si cambian tanto las mayorías electorales y las dirigencias políticas como si cambia a quién le hacemos caso dentro de la academia. Puede que cambien muchas cosas de la academia o de los operadores jurídicos y puede que cambien muchas cosas sin que cambie una coma de la Constitución.

Digo esto porque ha habido una interesantísima generación, sobre todo de egresados de esta Facultad, particularmente estoy pensando en Diego Pardow y Esteban Pereira y también gente que hace clases en otras universidades como Cristian Viera, que han tratado de sostener, a través de interesantes artículos, que con las reglas que existen actualmente podría haber mayor actividad interventora del Estado, mayor actividad empresarial del Estado, y ésa es un interesante planteamiento. Podría haber una nueva Constitución social, una nueva regulación de cuáles son los intereses protegidos; podría haber una nueva Constitución social sin que haya una nueva Constitución, un nuevo texto constitucional.

¿Por qué les digo que no me gusta decir esto? Porque al final creo que importa el proceso constituyente. No me gusta la idea de educación cívica, y yo preferiría hablar de una repolitización de las conversaciones cotidianas. En ese sentido, también soy un poco crítico de la idea de que vamos a enseñar Derecho Constitucional a la gente en los próximos seis meses. No. De lo que se trata es que la gente empiece a hablar sobre cómo la Constitución les afecta en sus vidas cotidianas. Por ejemplo, con la colusión. Por ejemplo, con el paro ilegal –efectivamente ilegal– del Registro Civil, ¿y por qué es ilegal? ¿Por qué la Constitución no permite la sindicalización de los empleados públicos?

O sea, la forma en que la Constitución impacta en la vida cotidiana de las personas, obviamente entendiendo la constitución y las leyes que la implementan. La forma en que lo constitucional impacta en la vida cotidiana a la gente, es demasiado evidente para alguien que haya estado leyendo la prensa en los últimos cinco años.

Aproveché de decir algo sobre el proceso de pedagogía constitucional y yo creo que no debiera ser un proceso de enseñanza, debiera ser un proceso de hablar cotidianamente sobre cómo la Constitución afecta a nuestras vidas. Pienso que ese proceso es tremendamente valioso y que eso podría contribuir precisamente a que los chilenos discutan sobre qué es lo que esperan del Estado. Entonces, qué es lo que esperan también de sus partidos políticos. No sería nada de raro que a partir de esas conversaciones, en unos años, hubiese un consenso social similar al que había, por ejemplo, a los años 30 en Estados Unidos, donde incluso el partido Republicano creía en una sociedad de un rol activo del Estado en la economía.



Creo que la pregunta tiene que ser una pregunta sobre cultura política más que sobre el texto constitucional.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Profesor Huidobro, tiene la palabra.

PROFESOR RAMÓN HUIDOBRO S.: Dos precisiones.

El problema, para seguir con el símil con el profesor Quintana, es en la variedad de las aceitunas, no en que plantemos ni que van a haber aceitunas. Eso todos lo tenemos claro, pero hay algunos a los que nos gustan unas, y a otros les gustan otras. Mientras decidimos qué variedad plantamos, ahí estamos con el problema. Ésa es la idea.

Pero reconozco que el tema ya está instalado y vamos a tener que seleccionar una variedad para plantar. Eso también es una verdad.

Respecto de la pregunta que hizo el profesor Román, yo tuve la misma inquietud. No le hice la pregunta al profesor Quintana, pero no me referí a él por el tema del tiempo, y no me acordé del tema de las playas que mencionas, pero me acordé de Galletué con Fisco, en que la cosa salió por otro lado, igualdad ante las cargas públicas.

Siempre va a haber una salida al sistema. En esto no hay que perderse tampoco. O sea, en algún momento, en sala de tres decidirán dos y en sala de cinco decidirán tres y si no, habrá que ir al otro tribunal también. Entonces, se irá al Tribunal Constitucional a ver qué pasa.

Estos temas no van a ser pacíficos. ¡No van a ser pacíficos! Pero en la medida que estén institucionalizados, y en definitiva que los tribunales vayan resolviendo estos temas, no obstante que el constituyente pueda haberlos omitido, creo que no va a haber grandes dramas.

A Chile en eso le ha costado avanzar. Tú sabes el peregrinaje que hemos hecho los administrativistas para tener justicia administrativa. Pero bueno, es un tema pero que hoy día está instalado y es realmente ya es mucho más normal.

Otra cosa que quería comentar es que respecto a las actividades empresariales, también es un tema complejo, porque al final de cuentas cuánto de asistencia social, cuánto de actividad propia o de servicio público y cuánto de actividad empresarial.

Por ejemplo, hay casi resabios perdidos por ahí, y casi dinosaurios transitando por nuestra comuna de Santiago, que es ESMAPA, la Empresa Municipal de Agua Potable de Maipú. ¿Quién sabía que había una empresa de agua potable municipal? Es una cosa muy extraña, pero está. Y antiguamente la empresa municipal de Til Til, la eléctrica. Claro, esas son cosas raras, pero no por eso no pueden estar.

Un último comentario. Yo echo de menos lo local. Tengo un dejo por lo local tremendo. Y creo que la puerta de entrada del ciudadano al Estado es el municipio. Y ahí otra vez estamos olvidando muchas cosas. Estamos pensando en lo macro y ahí viene el problema de vivir en Constitución. ¡Si la gente no participa o quiere participar en algunas cositas! Está el tema del voto voluntario. Son temas en los cuales uno tiene que tener claridad. Si es ciudadano en este Estado, en la sociedad política, tiene que tener claro que también tiene obligaciones; tiene que opinar; no puede después abstenerse.

Entonces, son temas que nos tienen que llamar a reflexionar profundamente. El tema del pasotismo, que en algunas otras sociedades europeas ocurrió, realmente hoy día también nos repercute.

Pienso que mientras más interés haya por debatir, por ver estas cosas y que las personas entiendan que son relevantes todas las cosas que se discuten en relación a la ciudadanía como tal, es un principio de ciudadanía al final de cuentas saber Constitución; saber lo que es; saber cuál es el pacto social en que yo tengo que enmarcarme para vivir dentro de esta sociedad.

Gracias.

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Gracias.

Agradezco a los profesores Quintana, Muñoz y Huidobro las interesantes intervenciones. Y además agradezco la presencia de todos ustedes, sobre todo a nuestros leales asistentes que nos han seguido jueves a jueves, presentes muchos de ellos acá.

Y están todos invitados a un acto solemne de clausura de este Ciclo de Discusiones. Asistirán autoridades de Gobierno y quizás vengan algunos ex Presidentes a acompañarnos. La ceremonia de clausura tendrá lugar el próximo martes a las 7 de la tarde en esta misma Aula Magna.

...Aplausos



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Una gran conversación por

CHILE

Proceso constituyente y
nueva constitución política



CAPÍTULO XVIII / SESIÓN 10 DE NOVIEMBRE DE 2015

CEREMONIA DE CLAUSURA DEL
CICLO DE DISCUSIONES





CEREMONIA DE CLAUSURA DEL CICLO DE DISCUSIONES PROCESO CONSTITUYENTE Y NUEVA CONSTITUCIÓN.

■ ■ ■

AULA MAGNA, FACULTAD DE DERECHO
10 DE NOVIEMBRE DE 2015

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO:

Señor Rector de la Universidad de Chile; señor Ex Presidente de la República, don Ricardo Lagos Escobar; señor Ministro de la Excm. Corte Suprema; señor Presidente del Tribunal Constitucional; señor Decano de la Facultad de Derecho; señora Vicedecana de la Facultad de Derecho; Ministros del Tribunal Constitucional, autoridades presentes; autoridades universitarias, profesores, profesoras, estudiantes, señoras y señores:

Nos encontramos reunidos el día de hoy para celebrar el cierre del Ciclo de Discusiones sobre “Proceso Constituyente y Nueva Constitución”, organizado por nuestra Facultad a través del Departamento de Derecho Público que me honro en dirigir.

La realización de este Ciclo constituye una respuesta a las inquietudes que desde hace algún tiempo se han ido gestando en nuestra sociedad, sobre materias que atañen a toda la comunidad

En él tuvimos la ocasión de compartir distintas miradas sobre los más diversos temas relacionados con el proceso constituyente y la nueva Constitución, particularmente en relación con el anuncio que hiciera la Presidenta de la República, respecto de los lineamientos que dicho proceso adoptará en nuestro país.

En realidad, este Ciclo empezó antes del anuncio de la Presidenta y se continuó después, desarrollándose semanalmente a través de 16 sesiones, desde el 10 de agosto al 5 de noviembre, y contó con la participación de 63 académicos de esta Casa de Estudios y también de otras universidades, profesores y académicos especialmente invitados, atendida la especialidad y su conocimiento de los temas tratados. Todo ello hizo posible establecer un debate abierto, pluralista y comprensivo de las diversas líneas de pensamiento.

Preside esta ceremonia, el señor Rector de la Universidad de Chile, don Ennio Vivaldi Véjar y nos acompañan en la mesa de honor el señor Ex Presidente de la República, don Ricardo Lagos Escobar y el señor Decano de la Facultad de Derecho, don Davor Harasic Yaksic.



Solicito que nos pongamos de pie para escuchar el Himno Nacional, interpretado por el Coro Lex, integrado por estudiantes de nuestra Facultad.

...HIMNO NACIONAL

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: A continuación, el señor Rector de la Universidad, expresará algunas palabras.

RECTOR ENNIO VIVALDI V.: Señor Ricardo Lagos Escobar, Ex Presidente de la República; profesor Davor Harasic, Decano de la Facultad de Derecho; señor Héctor Carreño, Ministro de la Corte Suprema; señor Carlos Carmona, Presidente del Tribunal Constitucional; profesora Maricruz Gómez de la Torre, Vicedecana de la Facultad de Derecho; profesora Ana María García, Directora del Departamento de Derecho Público; autoridades universitarias, comunidad universitaria, invitados especiales, amigas y amigos.

De las instancias en que quien debe representar a una casa de estudios como la Universidad de Chile, le es permitido interactuar con el mundo externo y representar a esta Universidad, es motivo de muy profundo orgullo.

Hoy es motivo de profundo orgullo el gesto que estamos representando hoy día al traer con nosotros esta propuesta de un estudio amplio, exhaustivo, serio, respecto al por qué debemos considerar esta nueva Constitución, el cómo pensamos que debe ser llevada a cabo y cuáles son los contenidos fundamentales y el conjunto de opiniones, todo ello es extraordinariamente relevante.

Pero permítanme también empezar por otra implicancia que tiene la representación de la Universidad en su conjunto, y es que ocasionalmente debemos representar a la Universidad hacia nuestro interior, en el sentido de que quisiera muy cálidamente, muy sentidamente, muy sincera y profundamente agradecer a esta Facultad de Derecho, representada por su Decano y expresarles el orgullo que la Universidad de Chile tiene como institución toda por el trabajo que esta Facultad, una parte de esa Universidad ha hecho, y que es algo que nos compromete muy profundamente; nos liga emocionalmente; nos sentimos muy representados; sentimos que lo que esta Facultad ha hecho está en la flor, en lo mejor que la Universidad de Chile expresa al país.

Hay un verso muy lindo de Neruda que dice “esas palabras que salen de mi boca y que nadie las diría si yo no las dijera”. Y muchas veces nos encontramos con que la Universidad de Chile es quien ha de salir a cumplir una función, ha de salir a decir la palabra o las palabras a este país. Probablemente no hay otra institución que vaya a cumplir esa labor, y que es aquello para lo cual este país nos invitó a existir como Universidad de Chile. Una Nación que recién aparecía, que recién se forjaba, que recién se formaba, y esta Nación forma a esta institución que es la Universidad de Chile, desde los albores de su vida institucional y de su vida patria.

Nos parece tremendamente importante estar presentes en un acto como es el debate al cual ha llamado la Presidenta de la República, a reflexionar sobre el cómo y el qué transformar esta voluntad de nueva Constitución.

Quiero también señalar lo profundamente vinculado que el tema de no haber todavía repensado la Constitución, está quizás en la raíz de muchas de las problemáticas que hoy día nos sobrecogen.



Pensamos que en el país se ha ido gestando –si se quiere– una suerte de placas tectónicas, que provienen de una estructura del país que no responde en muchas dimensiones a lo que el chileno medio y el chileno agrupado, el chileno trabajando en universidades, en los servicios, en industrias, realmente siente que lo identifica como Nación. Y ese punto está a la base de estas placas tectónicas que de alguna manera están inquietas, se deslizan y se expresan, a mi juicio, en cosas como un reciente estudio del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, que establece, por ejemplo, qué porcentaje de la ciudadanía, en su conjunto, piensa que el Estado debe estar llamado a cumplir un rol importante en la educación. Es más del 75%. Y hace la misma pregunta a la elite del país, y ocurre que ahí es menos del 25%.

O sea, es evidente que eso gesta una tensión en cuanto a lo que está ocurriendo en el conjunto del país y en lo que es el debate político –lo menciono como Rector– sinceramente algo que a mí más me preocupa es el hecho de que pocas cosas que yo valoro más de mi juventud es precisamente la interacción con mis maestros y con mis profesores, y pocas cosas querríamos más hoy día que tener un espacio común de conversación con el movimiento estudiantil, que muchas veces se nos hace difícil, y uno tiene que preguntarse cuáles son las tensiones que hacen que hoy día, a diferencia de lo que ocurría tan espontáneamente en otros momentos de la historia de Chile, la juventud esté tan fuera de contexto y fuera de contacto con el mundo de la política real que el país vive.

Pensamos que ahí tenemos que hacer una invocación a la autenticidad y pensamos que el tema de la Constitución, está precisamente en la médula de lo que es este llamado a la autenticidad, que quizás lo que ha ocurrido con la educación, lo que ha ocurrido con la forma de entender la salud, particularmente lo que ha ocurrido con el sistema universitario, son cosas que al igual de lo que ha ocurrido con la Constitución, corresponden a modelos implícitos que nunca han sido puestos en el tapete para ser vistos y conversados por el conjunto de la comunidad y de la población, en particular que le llega a la juventud como algo cuyo origen desconoce.

A mí nunca se me pasó por la mente pensar que la Constitución del 25 no era algo que yo tenía que aprenderme, porque eso era Chile y la vida, y ésa era la patria que yo siempre había tenido y yo siempre había pertenecido a ese país que se llamaba Chile, y que tenía una Constitución que habían hecho otras personas el 25, y yo la asumía de plano como mi Constitución. *¡Pero por supuesto, si era mi país! ¡Era mi patria!*

Esto de que vivimos en una Constitución que fue generada en un momento tan triste en la historia del país, tan terrible, tan dramático, tan sin posibilidades de tener una multiplicidad de opiniones, sin tener un pluralismo, sin tener un intercambio de ideas, sin tener una libertad, es algo que en el inconsciente es imposible que no esté repercutiendo en la forma como nuestros jóvenes se sienten identificados con el conjunto de un sistema que vivimos.

Por eso, yo veo en este llamado que hoy día se hace desde acá a repensar como país en su conjunto, este sistema que es nuestra Constitución, lo veo como un paso esencial, si queremos restablecer un país de diálogo.

Quiero una última reflexión que también lo hago desde lo profundo del alma, y es como una cosa tan abstracta y súper estructural como podría ser una Constitución, tiene que tener un correlato en lo que es la vida cotidiana de los habitantes.

Creo que como universitarios y como Universidad de Chile estamos obligados a pensar, independientemente de cuáles sean las constituciones, en una convivencia que esté basada en valores que nosotros pensamos son los valores que quisiéramos que repercutieran y resonaran en el país.



Creo que es tremendamente importante –quiero ser muy explícito en esto– nuestra cotidianidad, es tremendamente importante el respeto que cada día mostramos por el otro; una forma de hacer política universitaria que tiene que estar basada en la convergencia, en el intercambio de ideas, sobre todo –perdonen que insista en la palabra– en el respeto por el prójimo; que no podemos caer en cosas como terminar con cotidianas y pequeñas incendios del Templo de Diana, que de alguna manera uno va a ganar cierta connotación en la medida que insulte y que haga diatriba o que ataque.

Tenemos que vivir –lo digo también desde el dolor de haber vivido siendo joven un Chile desgarrado– tenemos que vivir desde la perspectiva del respeto y de la construcción mutua; vivir esa cotidianidad de nuestra vida, que tiene que basarse en el enriquecimiento que trae la diversidad, en el agradecimiento que otro piense distinto a uno y le permita un intercambio de ideas; ese respeto por todas las personas. Esa negación que está en la verdadera intelectualidad, que si de algo es enemiga es de la arrogancia, que si de algo es enemiga es de la descalificación. Por tanto, este concepto de una comunidad que intercambie ideas y que se respeta en la forma y en el fondo es algo esencial.

Estamos dando un paso enorme, estamos haciendo una contribución enorme y nos sentimos orgullosos como Universidad, del trabajo que hacemos con la Facultad de Derecho.

Felicitemos en la persona de su Decano, de sus autoridades, de su Vicedecana, de su Directora del Departamento de Derecho Público; felicitamos al conjunto de la comunidad por esto que nos honra a todos como Universidad, y al mismo tiempo invocamos a que en nuestra cotidianidad seamos consecuentes con los principios de un legado que nos enorgullece, que nos sobrepasa, en el cual –ustedes lo han logrado también hoy– día a día sabemos que tenemos que esforzarnos más para estar a la altura de la tremenda responsabilidad que Chile tiene en nosotros.

Creo que lo más hermoso que uno percibe cuando tiene el honor infinito de ser Rector de esta Universidad, lo más hermoso que uno percibe es el ¡cariño! que el pueblo de Chile siente por la Universidad de Chile, y la ¡confianza! que Chile tiene en la Universidad de Chile. Es ese afecto y esa confianza en la cual nosotros estamos llamados permanentemente a responder.

Vuelvo a agradecer a esta comunidad. Muchas gracias a todos.

...Aplausos

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muchas gracias, señor Rector.

A continuación escucharemos al señor Ex Presidente de la República, don Ricardo Lagos Escobar, cuya presencia agradecemos, porque nos permite marcar la importancia del Ciclo de Discusiones que hemos realizado.

EX PRESIDENTE RICARDO LAGOS ESCOBAR: Estimado amigo Rector de la Universidad de Chile, Ennio Vivaldi; colega Davor Harasic, Decano de la Facultad; estimada Ana María García, Directora del Departamento de Derecho Público; Presidente del Tribunal Constitucional, Ministros de la Corte Suprema, autoridades, colegas, amigos y amigas.

Quisiera, en primer lugar, agradecer la invitación que me ha hecho el Decano para participar en esta ceremonia de clausura de esta jornada.



Tuve la fortuna de poder atender al inicio de este debate, en donde recuerdo un alegato lúcido, brillante del Decano de la Facultad, en donde planteó con mucha fuerza, porque tan importante como el qué es lo que hay que modificar en una Constitución, era el cómo lo íbamos a hacer. Y porqué vinculó a las características del cómo, al tipo de Constitución que queremos que emerja de ese proceso.

Lo digo porque este Ciclo se inició, entre otras cosas, con cuatro temas centrales, en donde el primero tenía que ver por cierto con el por qué se necesita una nueva Carta Constitucional; el segundo, con el cómo queremos abordarlo y cuáles son las características; para luego, en la parte tercera y cuarta, abordar los temas fundamentales que están en toda Carta Fundamental, esto es los derechos, los deberes, las instituciones políticas, los cuerpos coadyuvantes, etcétera.

Y a la primera pregunta, el por qué una Nueva Constitución, yo quisiera señalar lo que estoy consciente, que la actual Carta lleva mi firma como Presidente de la República. En consecuencia, a diez años de ese hecho y de ese evento, la pregunta de por qué una Carta Constitucional nueva, creo que es absolutamente relevante, en mi caso particular, que lo explicito con mucha nitidez.

Diez años, dependen en los momentos de la historia; pueden ser momentos decisivos y muy definitorios, o momentos tranquilos en que poco transcurre en el devenir de los días y del tiempo.

Creo que estamos viviendo un cambio epocal muy profundo, que es distinto que una época de cambios, que puede ocurrir en cualquier momento. Y digo “cambio epocal”, porque han ocurrido en estos diez años dos elementos. Uno que se aprecia con mayor nitidez que el otro, pero que implican entrar a un mundo nuevo que genera efectos importantes en una Carta Constitucional.

El primero, al cual se refirió en su intervención el señor Rector, que es la naturaleza del Estado que queremos, porque la Carta actual nos habla desde una visión neoliberal extrema, de un estado subsidiario. Y el debate entre el Estado subsidiario o un Estado solidario y activo, es un debate legítimo entre fuerzas políticas.

Lo que ocurre es que la crisis del 2008, que comienza como una crisis financiera, se extiende a una crisis en todo el sistema económico, y que plantea con mucha fuerza cuando llega, yo diría el equivalente a un Muro de Berlín, donde hay toda una estantería de libros que un poco se estremecen y se vienen abajo, a otra estantería de otros libros, de un mundo neoliberal que se autorregula, y que la autorregulación fracasa completamente.

Y cuando ese hecho ocurre, ¿las miradas se vuelven a quién? ¿Qué hace el Presidente Bush y su sucesor Obama? ¿Qué hace Europa, la señora Merkel, Sarkozy, hoy día Hollande?

¡Ah, es que estamos buscando entonces respuestas políticas a los dirigentes políticos! ¡No estamos buscando respuestas al interior de una doctrina económica que plantea la autorregulación!

¡Es que la respuesta es política! Y es tan política que cuando se produce una divergencia entre Europa, por una parte, y Estados Unidos por la otra, como los dos polos económicos desarrollados de mayor fuerza, hasta el año 2009 efectivamente el grupo de los 20, en Londres, con Gordon Brown a la cabeza, definen en no más de 30 minutos que el Fondo Monetario Internacional, de un capital de 250 mil millones de dólares, requiere pasar a 750 mil millones de dólares, lo que durante treinta o cuarenta años plantearon los países emergentes, la necesidad de indicar capitales



superiores al fondo. ¡Y bastó 30 minutos de los representantes de las principales potencias económicas para resolverlo, por una decisión política!

Entonces esto plantea que una Carta Constitucional que plantea una situación de un Estado subsidiario queda atrás con la naturaleza de los tiempos. Ese Estado subsidiario queda atrás cuando Estados Unidos toma un camino distinto a Europa. Europa entiende que el problema es la austeridad porque viene la inflación. Y Estados Unidos entiende que se requiere una política monetaria activa, tan activa que la reserva federal emitió el equivalente a un cuarto del producto interno de los Estados Unidos.

¡Traten de pensar lo que es un país invirtiendo un cuarto de lo que produce en un año en billetes! Y no se produjo la inflación que los amigos economistas habían predicho. Pero esa fue una decisión política de la Reserva Federal, en donde, aprovechando que el dólar es el patrón “de” y la moneda internacional por excelencia, puede dar aquello. Y fue una decisión de esa naturaleza.

Y vea usted entonces la respuesta de un Estados Unidos que crece hoy 3% y una Europa que todavía se debate en un crecimiento magro menor al 1%. Son respuestas políticas distintas, pero que en uno y otro caso requieren de un Estado que toma medidas.

Creo que acá entonces hay un primer elemento que es fundamental, porque me parece a mí que el no querer que se plantee una discusión sobre la naturaleza del Estado, después de la crisis, hace entonces el tema infinitamente más complejo de abordarlo.

El segundo elemento no tiene la precisión de una crisis que tiene fecha. Alguien dirá cuando quebró Lehman Brothers, en septiembre del 2008.

Y ahí comenzó todo. Bueno, hubo que tomar medidas que no estaban en las reglas de ningún banco de la Reserva Federal. Pero cuando se toman esas decisiones para evitar la crisis, obviamente que entramos a un Estado de otra naturaleza.

El segundo cambio es más complejo y más difícil, y tiene que ver, a mi juicio, con lo que son las nuevas tecnologías, en el sentido de que las nuevas tecnologías yo creo van a establecer una mutación profunda en los procesos constitucionales, en donde por definición la democracia es representativa en tanto estamos obligados a tener vía las elecciones a aquellos que nos van a representar en el Ejecutivo, en el Legislativo y en la definición de cuáles son los cuerpos judiciales y jurisdiccionales, de acuerdo a las respectivas Cartas Constitucionales.

Por lo tanto, cuánto de las democracias futuras seguirán siendo representativas ahora que hay instrumentos de las nuevas tecnologías que han cambiado las reglas del juego de aquí en adelante y para siempre.

Es cierto, el 2005 estaba insinuado, pero no con la claridad de hoy. ¿Por qué? Porque el desafío es cómo va a ser usted capaz de tener instituciones, porque la democracia para funcionar deberá seguir siendo representativa y elegir representantes, pero la ciudadanía empoderada y más activa a través de las redes, quiere ser considerada y escuchada. ¿Cuáles van a ser esas instituciones? ¿Cómo vamos a ser capaces de crear aquellas instituciones que no obliguen a la ciudadanía a la poco civilizada forma de ir a protestar a la plaza pública, para ser escuchada? ¿Y cómo la protesta en la plaza pública da origen a un tipo de institucionalidad distinta?

Y éste es un tema que lo estamos viendo en la cotidianidad de cada día. Por lo tanto, si usted apura un poco, usted podría extender la analogía y decir que estas nuevas tecnologías van a reemplazar la imprenta de Gutenberg. Porque fue la imprenta



de Gutenberg la que en último término posibilitó la democracia, porque la imprenta que fue para reproducir la Biblia y poder interpretarla como a Lutero le pareciera adecuado hacerlo o después publicar libros, pasaron 130 años hasta que alguien pensó que la imprenta podía producir un diario. Y si el diario va a publicar las noticias que el rey y su corte están definiendo, llegaron unos filósofos franceses que resolvieron que por qué el diario, si yo también sé lo que está ocurriendo y lo que va a definir la corte con el Rey Sol a la cabeza lo podemos hacer en democracia y eligiendo nuestras autoridades. Y claro, las autoridades de quienes eligen son los que saben leer y escribir, y el que no sabe leer y escribir no elige.

Después, claro, ustedes dirán la radio, y el que escucha puede elegir, entonces que vote el analfabeto, etcétera, lo que usted conoce. Después llega la televisión y la televisión hará que el rostro de aquel dirigente se haga muy conocido.

Pero en todo este largo proceso la característica política de la democracia consiste en líderes que hablan, explican y presentan sus propuestas de programa, y en aquellos tiempos usted leía las sesiones del Senado o de la Cámara de Diputados, cuando se publicaban esas cosas, y ahora escucha la cuña televisiva en el noticiero de la noche.

Pero el ciudadano escucha y después vota. La red permite que ahora alguien que estuviera escuchando lo que estoy diciendo, estaría mandándome mensajes por Twitter o Facebook, que mejor no quiero leer. “Y este señor qué hace ahí pontificando, mire, no hizo tal cosa cuando fue Presidente”.

Y claro, es una forma distinta de entender cómo es la actividad pública hoy. Ah, usted habla, yo también. Usted dice y yo le replico. Y ahí están las redes.

Todavía, claro, el político no se acostumbra a que de vez en cuando hay que mirar lo que dicen y responder. Pero que van a surgir identidades políticas distintas, va a ser así. Entonces, la gran pregunta es ¿y cómo se hace?

Entonces, es así donde la segunda parte de estas jornadas, en torno al mecanismo del cómo se prefigura una Carta Constitucional, adquiere toda la fuerza a la cual el Decano, cuando inauguró estas jornadas, como recordaba, le puso tanto énfasis, porque es la discusión sobre cuáles van a ser los grados de participación de la ciudadanía y cómo este grado de participación debe ser una discusión, no sólo de especialistas y expertos en Derecho Público, si bien sabemos que al final los que terminan redactando son los expertos de Derecho Público.

Y éste es un debate muy viejo y muy antiguo. Yo traté de recordar un debate en esta Facultad, de hace más de 50 años. Yo creo que tuvo lugar cuando yo era estudiante todavía aquí. Creo que era un debate de constitucionalistas expertos en Filosofía del Derecho, en donde se planteó el tema de si todos los ciudadanos debemos ser iguales o debemos tener diferencia de votos según el nivel educacional. Una forma distinta del viejo voto censitario.

Y asistió a esas jornadas el que para nosotros era un señor muy importante, que era Luis Recasens Siches, el filósofo del Derecho que terminó siendo el gran maestro de la Universidad de México. En esas jornadas aquí él dijo: “Estaba en Berlín cuando Hitler asumió el poder. Y fueron los profesores de la más excelsa de las universidades, los de la Universidad de Heidelberg, que en su inmensa mayoría respaldaron la asunción de Hitler”. ¡Y ahí estaban los mayores sabios! ¿Están esos sabios interpretando mejor que otros lo que le convenía a la futura Alemania, como una forma de enfrentar el tema de quiénes deben decidir: sólo los sabios o la ciudadanía toda?

Es entonces en donde se ha planteado con tanta fuerza el cómo se debe hacer en el tema de esta nueva Constitución.



Creo que la actual, la que existe hoy, establece que la reforma constitucional o una nueva Constitución se hace mediante un proyecto de ley, iniciativa del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo.

Otra cosa distinta es decir que quiero hacerlo por una otra vía, pero que me implica necesariamente modificar la Constitución, a menos que una autoridad decida, sin necesidad de modificar nada, abrir a un gran debate nacional y que el resultado de ese debate lo transforme en un proyecto de ley y lo envíe al Parlamento de acuerdo a lo que dice la actual Constitución.

En otras palabras el tema del mecanismo en el cual se ha puesto tanto énfasis y con razón, tiene que tener lugar con distintos abordajes. ¿Y cuál es el grado de participación ciudadana que queremos? El año 25 Arturo Alessandri dijo “va a haber una Asamblea Constituyente”. Y nombró un grupo de 50 juristas y políticos de la época para redactar el borrador que se presentaría a la Asamblea, pero no le dieron los tiempos.

Pero la búsqueda de la esquiiva legitimidad de los sistemas es un tema muy importante. Y creo que hoy, en verdad, lo que está planteado ante el país es que el planteamiento que hizo la Presidenta de la República en el sentido de querer una amplia discusión ciudadana, está ganado en el sentido de que hoy hay acuerdo entre todos los actores en la necesidad de reformar o plantear la elaboración de una nueva Carta.

En ese contexto, entonces, creo que hay hoy día una necesidad, que está planteada ante el país también, de dónde establecemos las legitimidades necesarias para poder avanzar en una participación lo más amplia posible.

Dicho esto, el resto de lo que fueron las discusiones en las terceras y cuartas secciones de esta jornada, y lo que se plantea comenzando en la primera de las sesiones, en donde se introduce un elemento en la Carta Constitucional, que otras veces no había visto, porque el tema fue la “Probidad como principio rector de rango constitucional”, la Probidad como principio rector de cambio constitucional, de un orden constitucional, y en qué medida, entonces, se puede establecer a partir de eso un conjunto de normas que van a ser nuevas, no me cabe duda, y novedosas. Como nuevos y novedosos deben haber sido los debates sobre el tema, en donde las “Formas de consagración de los derechos fundamentales” y en donde elementos centrales más que consagrar derechos fundamentales, es cómo nos aseguramos de consagrar las herramientas para que esos derechos fundamentales puedan llevarse a cabo.

Aquí estamos en un tema que en este mismo salón, en algún momento, hace algunos años, creo que se planteó en la presentación de un libro de Mario Fernández, que tenía como nombre “La Constitución contra sí misma”, si mal no recuerdo. Y era una Constitución en su concepto contra sí misma, porque planteaba un conjunto de derechos, pero esos derechos, como no había ningún instrumento que los permitiera garantizar, de poco valía su enunciado, si a pesar de lo que decía el Derecho, no habían los instrumentos constitucionales y de ahí que la Constitución era una Constitución contra sí misma.

Sin duda, los temas que ustedes tocaron, como los derechos de los pueblos originarios, son también un elemento nuevo que estoy cierto que ninguno de los constitucionalistas anteriores, ni el 33, ni el 25, ni el 80, plantearon, y que hoy nos parecería muy difícil no hacerlo.

Y no me refiero al tema de la descentralización y de las autonomías, porque estaríamos entrando a un tema que en otros países hoy son la primera prioridad, si no miremos a España y el debate que hay en el Parlamento de Cataluña en estos momentos sobre el derecho que tiene o no tiene la autodeterminación y a separarse de España como país.



Me parece que la Constitución tiene que ser un punto de encuentro de cualquier sociedad. La Constitución no puede ser plasmada a partir de visiones políticas incompatibles entre sí o partidistas, si ustedes me permiten llevar al extremo. Creo que pocas veces en nuestra historia enfrentamos un proceso constitucional con la tranquilidad que lo podemos enfrentar hoy. ¡Fue distinto el 33, con Portales y Mariano Egaña, en que la Constitución que emerge es resultado del triunfo de unos sobre otros en Lircay!

Los constituyentes en 1870 entendieron que había llegado a su término el fuerte presidencialismo de la Constitución del 33, cuando don Manuel Montt decidió que su sucesor fuera don Antonio Varas, con quien habían hecho su larga carrera política, ambos, y ya el Chile de 1860 le dijo no. ¡No! Déjeme elegir mejor y terminaron en un hombre de consenso, como se decía en la época, el Presidente Pérez. Pero él ya entendió que los decenios habían terminado con él.

En consecuencia, fue ante una situación casi de fuerza, porque hubo dificultades en el Gobierno de Montt por su presidencialismo, en donde se aborda la Carta y la necesidad de los constituyentes del 70.

Y qué decir del 91, donde sin cambiar una coma a la Constitución, fue el resultado de Concón y Placilla, se introduce la República Parlamentaria, tras el pistoletazo del Presidente Balmaceda. No eran tiempos tranquilos.

Y no lo fueron tampoco el 25. Se nos olvida que el 25 Alessandri tuvo que dejar el poder por un 11 de septiembre del año 24 –interesante el 11 de septiembre que se repite– y ahí asume una Junta de Gobierno y toda la historia que sigue.

Vuelve Alessandri, y vuelve, claro, con una idea constitucional en el bolsillo, negociada en el Vaticano, y que es la separación de la Iglesia del Estado. Pequeña reforma, gran cambio.

Junto con eso, el debate al cual me he referido, en medio de las tribulaciones de si debe o no debe separar la Iglesia del Estado y las tribulaciones de cómo hacemos un sistema presidencial en un sistema parlamentario, etcétera, etcétera

No me refiero a la forma como nace la Constitución del 80, a mi juicio, ilegítima en su origen, pero creo que hoy ése es un debate absolutamente superado por el hecho de lo que tenemos ahora, porque ahora lo que tenemos es el que se pueda hacer una Carta, pero una Carta con la tranquilidad de un país, en donde las instituciones funcionan.

¡Sí, me hago cargo de lo que existe!

Ahora enfrentamos la creciente deslegitimación de las instituciones políticas producto de hechos recientes y de otros que no son del caso a mencionar aquí y que todos conocemos.

El tema ahí es un desafío para las instituciones mismas. Ahí está el resultado de la Comisión Engel; estará el resultado del Observatorio reciente que se va a hacer, para ver si la Comisión Engel avanza o no avanza.

Y cae en la propia responsabilidad de las directivas políticas y los partidos políticos o los parlamentarios y los poderes del Estado, en cómo somos capaces de recuperar la legitimidad a partir de medidas para que esos hechos no ocurran más en Chile y podamos seguir siendo el país orgulloso que siempre fue en materia de probidad.

Por lo tanto, a partir de ese momento, es ahora cuando estamos en condiciones de entender mejor que nunca que la Constitución tiene muchas formas de poder abordarla.



Pero cuando digo que tiene que ser un punto de encuentro, estoy diciendo que la Constitución no puede tener una carga ideológica. Y si aquí, como yo rechazo una Constitución con la carga ideológica neoliberal, no pretendo imponer a otros mi propia carga ideológica, de cómo entiendo que debe ser la Constitución de acuerdo a mi particular punto de vista.

Quiero una Carta Constitucional que cuando las ideas que tengo las quiero implementar con un Estado activo, no me lleven a un Tribunal Constitucional a decirme que el sector privado lo puede hacer mejor que yo. De la misma manera, no quiero, cuando haya una mayoría que dice que quiere plantear un Estado mucho menos activo y más secundario, y que deje espacio a los privados, si esa es la mayoría del país, que yo le diga: ¡ah va en contra de la Carta que establece tales roles para el Estado!

Creo que es aquí donde está el meollo del debate. Es esto lo que, como alguien me dijo comentando este tema, ah, me dijo, eso es claro. Eso es a lo cual se refieren con mucha pertinencia los juristas alemanes. Ellos hablan del “patriotismo constitucional”, entendiendo por patriotismo la necesidad de alcanzar consensos para tener una Carta que nos interprete a todos.

Es lo que llama en otra forma nuestro Agustín Squella, cuando habla de “la sobriedad constitucional”. Hay que ser muy sobrios, porque en definitiva la Constitución qué es lo que es, es la expresión de cuáles son los derechos para poder garantizar los derechos del individuo frente al Estado todopoderoso, pero más importante es la forma cómo una sociedad establece las normas para resolver civilizadamente las diferencias en cada sociedad.

Y si vamos a establecer las normas por las cuales resolvemos civilizadamente nuestras diferencias, de más está decir que todos los que pensamos diferente, debemos concurrir en que esas son las normas justas. Equilibran la cancha para resolver las diferencias.

Entonces, no me gusta lo que veo emerger, que es mi Constitución contra la tuya y discutamos cuál es mejor y hacer de éste un juego político clásico. Dejemos ese juego para cómo queremos la educación, la salud; para cómo queremos enfrentar los temas sustantivos de la sociedad. Pero aceptemos que tenemos hoy que buscar los mecanismos en donde todos podamos concurrir a una Carta en que nos interprete a todos.

Como dijo muy bien el Rector, y dijo “me sale del alma,” nadie me preguntó el año 25 por la Constitución, pero entendía que era mi Constitución, y cuando cantaba el Himno Nacional, estaba al mismo tiempo cantando una Constitución que nos interpretaba a todos.

Hoy entonces haríamos un tremendo daño a las generaciones futuras, si no fuéremos capaces de entender que debemos ser capaces de avanzar a que la Constitución termine siendo un punto de encuentro y no de desencuentro; a que la Constitución termine siendo un lugar final de llegada para a partir de allí poder desplegar afortunadamente las mil visiones que hay de una sociedad, y que para eso la Constitución nos va a ayudar a dirimir. Creo que hay una posibilidad real y que ahora podemos hacer lo que antes a lo mejor no pudimos hacer.

Cuando la Presidenta llamó a los distintos poderes del Estado, cuando llamó a los ex Presidentes de la República, cuando llamó a distintos entes de la sociedad civil para indicar su itinerario al cual se refería la profesora Ana María García, es allí cuando podemos intentar de una u otra forma, desde los distintos poderes del Estado, desde los que han tenido cargos de responsabilidad en el pasado o de las que son hoy día las instituciones que tienen que resolver esto, alcanzar un consenso y entender que este debate constitucional, que, no me cabe duda, va a ser intenso.



Y quiero concluir con una brevísima reflexión final.

Mi profunda alegría por lo que se hizo aquí y a lo cual se refirió el Rector. Aquí en “*la Universidad de Chile*”. Yo sé que hay muchas universidades, ¡pero la Universidad del país es ésta! Es la que pensó Bello en su discurso original, cuando habló de la Universidad que se debe a Chile y a su gente. Y va a ser la contribución de esta Universidad cuando entreguen el documento fruto del esfuerzo que se ha hecho en estas jornadas.

No me cabe duda de que si generaciones futuras estudian con mucho interés lo que dijeron los constituyentes de 1870, van a estudiar con igual interés lo que dijeron estos participantes en el debate constituyente, al cual convocó la Universidad de Chile, precisamente por quien convocaba y por la fuerza que tiene.

Creo entonces que fue una feliz iniciativa el que haya sido esta Facultad de Derecho la que la haya tomado con tanta fuerza, y los que no estuvimos en las jornadas tendremos también la posibilidad de leer lo que son –me han informado– las más de 600 páginas que es el resultado del debate de todos ustedes.

Mis felicitaciones por esta iniciativa y mis felicitaciones a la Universidad y a la Facultad por lo que han sido capaces de hacer.

Muchas gracias.

...Aplausos

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Muchas gracias, señor Presidente, por su interesantísima y completa exposición.

Para dar término a esta ceremonia, el Coro Lex interpretará el himno de nuestra Universidad.

...HIMNO UNIVERSIDAD DE CHILE

PROFESORA ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO: Agradeciendo la presencia y compañía de ustedes en esta ceremonia de clausura, los invitamos a compartir un vino de honor.

...Aplausos



WWW.DERECHO.UCHILE.CL
PIO NONO 1, SANTIAGO, CHILE