FJG

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN

Chile
FRAGMENTADO

Hanns Seidel Stiftung

Chile
FRAGMENTADO

El debate constituyente

CHILE FRAGMENTADO. El debate constituyente.

Primera edición.
2022, Fundación Jaime Guzmán.

ISBN. 978-956-8771-27-0

Inscripción: 2022-A-8066

Derechos reservados.
No está permitida la reproducción total o parcial de esta obra.

Impresión: Ograma

Santiago de Chile.

Índice

8 **PRÓLOGO**

20 **PRIMERA PARTE:**
CONFERENCIAS SOBRE PROCESOS CONSTITUYENTES

21 Proceso Constituyente en tiempos de COVID
Josep M. Castellá

50 Derechos Fundamentales y Derechos Humanos en la Constitución
Fernando Simón Yarza

62 ¿Presidencialismo o semipresidencialismo?
Gonzalo Candia Falcón

75 Persona, familia y cuerpos intermedios
Luis Alejandro Silva Irarrázaval

86 Orden Público Económico
Jaime Arancibia Mattar

98 **SEGUNDA PARTE:**
APUNTES CONSTITUCIONALES

99 APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 1
Reglamento de la Convención Constitucional: Un debate pendiente
Felipe Lyon Errázuriz

114 APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 2
Poder constituyente: ¿Es la Convención Constitucional soberana?
Teresa Zañartu Torres

124 APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 3
Sobre libertad de expresión y "negacionismo"
Teresita Santa Cruz Ugarte

148 APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 4
Fundamentación de los derechos humanos
desde la perspectiva clásica y cristiana
José Ignacio Palma Arancibia

164 APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 5
Protección del medio ambiente en la propuesta de nueva Constitución
Teresa Zañartu Torres y Tomás de Tezanos Pinto

186 APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 6
El pensamiento clásico y cristiano en la Declaración Universal
de Derechos Humanos
José Ignacio Palma Arancibia

201 APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 7
Experimentos constitucionales: análisis crítico
al trabajo de la comisión de Sistema Político
Felipe Lyon Errázuriz

218 APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 8
Los riesgos de una constitución indigenista
Equipo Programa de Estudios Constitucionales

227 APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 9
Los riesgos de un ecologismo radical
Teresa Zañartu Torres

233 APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 10
Los riesgos de la incertidumbre y desigualdad ante la ley
Sofía Varela Ibarra

245 APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 11
Los riesgos de fragmentación del país
Ignacio Rodríguez Navarro

252 APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 12
Los riesgos de derechos fundamentales con letra chica
José Ignacio Palma Arancibia

260 APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 13
Los riesgos de un sistema político desequilibrado
Felipe Lyon Errázuriz

274 APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 14
Los riesgos de una economía intervenida
José Ignacio Palma Arancibia

283 APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 15
Menos herramientas para resguardar el Orden Público
Sofía Varela Ibarra

297 APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 16
Por qué el borrador de la Convención es un peligro
para las universidades y sus estudiantes
José Ignacio Palma Arancibia

Prólogo

I

"Este es el proceso más democrático en la historia de nuestro país". Esta frase se escuchó un sinfín de veces al interior de la Convención Constitucional, convirtiéndose en un mantra que pretendía convencernos de que nos convenía hacer propio —a todo evento— el texto que despachara dicho órgano. De hecho, el mismo Presidente Gabriel Boric se sumó a ese relato, no solo haciéndose eco literal de la frase, sino aportando con su propia cosecha, al replicar las críticas que ya en marzo levantaba el borrador, diciendo que "cualquier resultado será mejor que una Constitución escrita por cuatro generales".[1]

Es bastante claro que este tipo de afirmaciones han pretendido desviar el debate de fondo, intentando establecer la idea de que este texto era algo así como una condición necesaria para alcanzar la democracia plena. Por lo mismo, vale la pena hacernos cargo brevemente de ellas, cuestionando, efectivamente, qué tan democrática fue la Convención Constitucional.

Lo primero que salta a la vista —y empaña esta historia— es su violento origen. Porque sí, es cierto que el 15 de noviembre de 2019 se produjo el acuerdo político que impulsó la reforma constitucional que habilitó

[1] Radio Duna (14/03/2022) *Presidente Boric sobre nueva constitución: "Cualquier resultado será mejor que una Constitución escrita por cuatro generales".* Disponible en: https://www.duna.cl/noticias/2022/03/14/presidente-boric-sobre-nueva-constitucion-cualquier-resultado-sera-mejor-que-una-constitucion-escrita-por-cuatro-generales/

este proceso. Pero, también, es cierto que ese acuerdo fue un intento desesperado de respuesta a semanas de violencia desatada, quema y destrucción de propiedad pública y privada (tristemente destacada en todo el mundo fue la quema de decenas de estaciones de metro), y de la total ausencia de respeto por la ley y el Estado de Derecho. Es cierto, por último, que los delitos y violencia desatada estuvieron lejos de controlarse o amilanarse como consecuencia de dicho acuerdo, fallando en su objetivo más primordial.

Cabe señalar que el problema del violento origen no es para nada exclusivo de este proyecto de Constitución. Todo lo contrario: es el problema con el que tienen que lidiar prácticamente todos los procesos constituyentes, que como parte de su tarea se ven forzados a crear un mito que dote de un manto de legalidad a procesos que evidentemente han iniciado al margen de ella. El punto acá, por tanto, es otro: que este proceso —como muchos— se debe a un origen más fáctico que institucional, y dotarlo de un manto de pureza es más propio del voluntarismo interesado que de un análisis crudo de la realidad.

La respuesta obvia a esta primera idea sería que —a diferencia de otros procesos de cambio institucional en Chile— en esta ocasión hubo una elección democrática de los convencionales. Eso es cierto, pero, ¿podemos reducir lo democrático a lo meramente participativo? ¿A lo estrictamente numérico? ¿O el concepto es un poco más amplio, e incluye cuestiones como reglas claras, buena representación y transparencia? Al respecto, podemos decir que la creación de un sistema electoral *ad hoc* —por la presión de algunos sectores y la anuencia de otros— para este proceso fue uno de sus errores más graves. No solo porque con la inclusión de escaños reservados, de independientes y de normas de paridad (en la forma en que se hizo) se afectaron principios básicos como el de representación o de igualdad del voto, o porque con ello se alteró artificialmente la composición política de la Convención. El problema mayor

fue que estos cambios implicaron un primer desconocimiento del acuerdo del 15 de noviembre, por parte de la mayoría de sus firmantes, lo que introdujo incertidumbre y sirvió como precedente para que la Convención hiciese lo mismo.

El desarrollo de la Convención tampoco puede encumbrarse en el olimpo de la democracia. En el artículo primero de su reglamento interno decidió declararse como soberana,[2] desconociendo que el poder constituyente le fue delegado por una elección, un proceso y unas atribuciones minuciosamente reguladas en la Constitución vigente. Esta decisión, en todo caso, no se redujo a meras declaraciones de intención, sino que se observó en hechos como el incumplimiento de la norma de los dos tercios para aprobar los plebiscitos dirimentes, o en la exclusión de otras autoridades constitucionales en las ceremonias de apertura y de cierre (con la notable y poco sorpresiva excepción del Presidente Gabriel Boric en el acto del 4 de julio de este año), entre muchos otros ejemplos.

Sin ir más lejos, el primer acto de la Convención fue una declaración, aprobada con fecha 8 de julio de 2021, en la que le "demandan" acciones a los tres órganos (o "poderes") más importantes del Estado.[3] En resumen, exigieron al Presidente y al Congreso tramitar con urgencia proyectos de indulto a terroristas y delincuentes con sentencias firmes en su contra, y de paso cuestionaron la independencia del Poder Judicial llamándolos "presos políticos". Esto, además de reforzar la idea del estrecho vínculo de este proceso con la violencia, dio cuenta del nulo interés por respetar el Estado de Derecho, al desconocer en los hechos las competencias que le

[2] Reglamento general de la Convención Constitucional. Versión 5 mayo 2022, con anexos. Disponible en: https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/04/Reglamento-definitivo-version-para-publicar-5-mayo-2022-con-anexos.pdf

[3] Sesión 3°: *Primera declaración de la Convención Constitucional.* Santiago, 8 de julio de 2022. Disponible en: https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2021/07/1ra-Declaracio%CC%81n-de-la-Convencio%CC%81n-Constitucional.pdf

corresponden a tres de los órganos constitucionales más relevantes en una democracia republicana.

Esto entrega algunas luces de cómo terminó siendo el texto: ofrece un sistema político absolutamente desequilibrado, un Congreso Plurinacional con excesivos poderes y que en su conformación será muy similar a la Convención, y un Sistema Nacional de Justicia controlado por un Consejo que por su integración y atribuciones podría fácilmente cooptar políticamente los tribunales. ¿Qué podía esperarse de una Convención que desde un inicio soñaba con la acumulación del poder y despreciaba con sus actos la separación de poderes?

Pero —dado que precisamente es materia de este libro analizar y desmenuzar las normas que terminó por aprobar esta Convención— sigamos concentrando este análisis en su estándar democrático.

En su funcionamiento, la Convención tampoco ofreció altos estándares democráticos. Es de público conocimiento que hubo amplios sectores políticos que fueron abiertamente excluidos del debate. No solo por haberse rechazado prácticamente todas sus propuestas e indicaciones, sino que por un ánimo de general desprecio hacia ellos. Elisa Loncón hablaba las primeras semanas de Convención de un sector "incómodo",[4] Daniel Stingo decía que "los acuerdos los pondrían ellos",[5] y se vivió permanentemente un ambiente radicalizado, revanchista y soberbio.

Esto se terminó traduciendo en un sistema de trabajo en el que los acuerdos no se construían en las salas de la Convención, sino que fuera

[4] Bio Bio Chile (22/07/2021) *Loncon y constituyentes de Vamos por Chile: "Siempre han estado en una situación de privilegio".* Disponible en: https://www.biobiochile.cl/especial/una-constitucion-para-chile/noticias/2021/07/22/loncon-y-constituyentes-de-vamos-por-chile-siempre-han-estado-en-una-situacion-de-privilegio.shtml

[5] La Nación (24/05/2021) *Daniel Stingo: "Los grandes acuerdos los vamos a poner nosotros, aquí no ganó la derecha".* Disponible en: https://www.lanacion.cl/daniel-stingo-los-grandes-acuerdos-los-vamos-a-poner-nosotros-aqui-no-gano-la-derecha/

de ellas. Gran parte del articulado definitivo, que hoy ofrece el borrador de Constitución, fue parte de negociaciones *entre gallos y medianoche*, que no constan en actas, y que solo los convencionales de las mayorías radicales de la Convención y sus asesores tuvieron el privilegio de presenciar. De esta "cocina" fueron excluidas no sólo las fuerzas de centroderecha, sino gran parte del centro y la centroizquierda, lo que explica que ex convencionales como Fuad Chahín y Felipe Harboe hoy se pronuncien por la opción "rechazo" en el plebiscito. La falta de transparencia fue tal, que en un principio se discutió arduamente si dejar entrar o no a la prensa a las dependencias en que trabajaban, porque se veía como un peligro que —literalmente— editaran y publicaran lo que ahí observaban.

El límite máximo al que llegó esta democracia "selectiva" de la Convención fue un Reglamento de Ética que hacía sancionable el *negacionismo*, incluyéndose en esa expresión cualquier interpretación histórica distinta a la de la izquierda radical respecto a lo sucedido en Chile entre 1973 y 1990, en el llamado "estallido social" o en el conflicto en La Araucanía.[6] En esa línea, la Comisión de Derechos Humanos evaluó no permitir exponer en audiencias a instituciones como la Fundación Jaime Guzmán, por supuestamente promover discursos de odio. La medida solo fue levantada luego de días de intensa presión mediática.[7]

Por último, esta Convención se pretendió erigir como un espacio de renovación de la participación política, creando una serie de mecanismos de participación que se suponía elevarían y refrescarían este proceso, ante una asamblea que se percibía muy similar al Congreso en su

[6] Convención Constitucional. Reglamento de ética y convivencia: Artículo 23. Aprobado en las sesiones del 14, 29 y 30 de septiembre de 2021. Disponible en: https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2021/10/Texto-definitivo-Reglamento-Comisio%CC%81n-de-E%CC%81tica-diciembre-2021.pdf

[7] Emol (16/08/2021) Tras un arduo debate, Comisión de DD.HH. acepta recibir a organizaciones que habían sido excluidas. Disponible en: https://www.emol.com/noticias/Nacional/2021/08/16/1029837/comision-ddhh-organizaciones-audiencias.html

conformación y funcionamiento. No parece exagerado decir que este fue uno de los fracasos más estrepitosos de la Convención. La mayoría de estos mecanismos no se llevaron a cabo (como los plebiscitos dirimentes o los grandes encuentros y jornadas), y otros se realizaron de manera sumamente defectuosa (en la consulta indígena participaron menos de ocho mil personas). Sin embargo, lo más lamentable se dio en el único proceso participativo que funcionó medianamente bien, el de presentación de iniciativas populares de norma, las cuales fueron en su grandísima mayoría desechadas (pese a tener altísimo apoyo ciudadano), y siempre fueron puestas en segundo plano respecto de las propuestas de los convencionales. Esto es explicado y documentado por Marcela Cubillos en su libro *Leer antes de votar* (Ediciones Universidad San Sebastián, 2022, p.261-268).

En resumen, esta Convención nos quiso convencer de que venía a redimir la democracia, intentando borrar con el codo treinta años de estabilidad institucional y alternancia en el poder, y haciéndonos creer que vivimos en un sistema tiránico y opresor del cual esta nueva Constitución sería la única salida. Nada más lejos de la realidad. Su misión era mucho más acotada: ofrecer un texto constitucional que representara a los chilenos, que encarnara sus ansias de cambio, y que las enrielara mediante reformas respetuosas de nuestra historia.

Pero no. La Convención eligió ser, en definitiva, un reflejo hiperbólico de ese Chile fragmentado, perdido y enrabiado de octubre de 2019. Tristemente, no fue solución para ninguno de los problemas que la ciudadanía le encomendó. En efecto, esta Convención fragmentada entregó una propuesta que solo aumenta los posibles escenarios de conflictividad en lugar de reducirlos; que divide —por territorio, por etnia, por sexo, entre otros— a los chilenos en lugar de siquiera pretender ser un punto de unión; que ofrece más inestabilidad política y mayores posibilidades de concentración de poder; y que acrecienta aún más el tamaño de la burocracia estatal en lugar de modernizarla.

La Convención quiso ser la "señora Juanita", pero terminó, irremediablemente, siendo Rojas Vade.

II

Pese a todo lo anterior, la Fundación Jaime Guzmán, fiel a su nombre y a la misión que persigue desde que se erigió hace más de treinta años, no podía sino hacerse parte en esta coyuntura histórica. Lo hizo a través del Programa de Estudios Constitucionales, que contó con un equipo de profesionales comprometidos con el debate constitucional (tanto dentro de la convención como fuera de ella) y con un Consejo Constitucional que guió y acompañó esta labor con su experiencia y renombre.

Es innegable que la labor realizada muchas veces pareció inútil. A los largos desvelos preparando propuestas e indicaciones seguían el rechazo general y completo de cada una de ellas. Pero también es cierto que poco a poco ese trabajo rindió fruto, al comprender que nuestra tarea no era con la Convención, sino con Chile. Era nuestro deber hacer lo imposible por presentar propuestas para una buena Constitución, y si eso no era posible —como terminó ocurriendo— que los chilenos supieran que en estos tiempos aciagos hubo personas dispuestas a defender los ideales republicanos, y valores como la vida, la familia, la subsidiariedad, la libertad, la responsabilidad y la igualdad ante la ley.

En ese sentido, la labor realizada siempre tuvo una mirada histórica, de sentido, de trascendencia. En los momentos más álgidos, en que todo parecía perdido, estas palabras de Jaime Guzmán cobraron especial sentido:

> *"Jesús le dice a solas a Pilatos que «para esto he venido al mundo, para dar testimonio de la verdad, y todo el que es de la verdad oye mi voz» (Jn 18; 37). Y el gobernador romano le replica: «¿Qué es la verdad?» (Jn 18; 38). Dicho lo cual sale de inmediato hacia fuera.*
>
> *No hay en esa pregunta el deseo de encontrar la verdad. Por eso Jesús no le responde. Se trata de la actitud del relativista que más bien pregunta ¿Y es que acaso existe la verdad?*
>
> *El drama de Pilatos resurge siempre contemporáneo. El hombre se ve continuamente tentado por el escepticismo relativista de creer que cada cual tiene «su» verdad.*
>
> *Y si se cae en esa tentación, termina fatalmente sin el coraje para contrariar a los poderosos, incluidos esos temibles tiranos que son la masa y el ambiente mayoritario que a cada cual lo rodea.*
>
> *Desafiar lo anterior requiere estar convencido de que hay una verdad, al servicio de la cual vale la pena —y es exigible— sacrificarlo todo".*[8]

Lo que a continuación ofrecemos intenta ser un reflejo de ese trabajo, aunque lógicamente es imposible resumir en unas páginas las horas y esfuerzos invertidos por nuestro equipo en la ardua tarea que presentó la Convención Constitucional.

El libro consta de dos partes, que corresponden a momentos cronológicos distintos, y por tanto deben ser leídos en esa clave. Una primera corresponde a un ciclo de exposiciones organizado como tarea primi-

[8] Jaime Guzmán (19/04/1987) ***Pilatos y la verdad.*** Columna en La Tercera. Disponible en: https://archivojaimeguzman.cl/index.php/columna-3-186?sf_culture=es

genia de nuestro Programa de Estudios Constitucionales, que contó con destacadísimos expertos constitucionalistas nacionales y extranjeros, y que se llevó a cabo entre agosto y octubre del 2020.

Como puede verse, dichas ponencias son previas al inicio de la Convención, incluso a la realización del plebiscito que habilitó su funcionamiento, por lo que son más bien orientaciones a cómo debiese ser un buen proceso constituyente y una buena carta fundamental.

La segunda parte, es una compilación de nuestros Apuntes Constitucionales, documentos que periódicamente fueron publicados por nuestro Programa entre abril de 2021 y julio de 2022, como una manera de contribuir al debate de la Convención, y de analizar críticamente su trabajo. Dichos textos inician en la época en que se discutía el reglamento, y concluyen con una serie llamada *Riesgos para Chile* en el que desglosamos algunos de los artículos más problemáticos del borrador de la Convención.

III

No puedo concluir esta presentación sin agradecer al equipo que ha hecho posible este trabajo. Especiales saludos para Teresa Zañartu, José Ignacio Palma y Sofía Varela, el excepcional equipo del Programa de Estudios Constitucionales que estuvo más de un año dedicado en cuerpo y alma a una labor muy intensa y compleja. A los convencionales con los que trabajamos, por haberse mantenido firmes durante 12 meses en una labor casi heróica. También a Ignacio Rodríguez, Teresita Santa Cruz y Felipe Crespo, quienes contribuyeron con sus trabajos a la conformación de este libro, y que tuvieron una especial colaboración con el Programa, pese a ser otras sus tareas principales en la Fundación. Al equipo del Área Legislativa, que siempre tendió una mano de ayuda cuando se ne-

cesitó. A las áreas de Comunicaciones, Formación y Administración por el trabajo colaborativo que significó esta publicación, y particularmente a Daniela Carrasco por asumir la labor de edición del texto definitivo.

Por último, de manera especial, me gustaría agradecer a Emiliano García, cuya iniciativa dio origen a este proyecto y cuya amistad valoro especialmente.

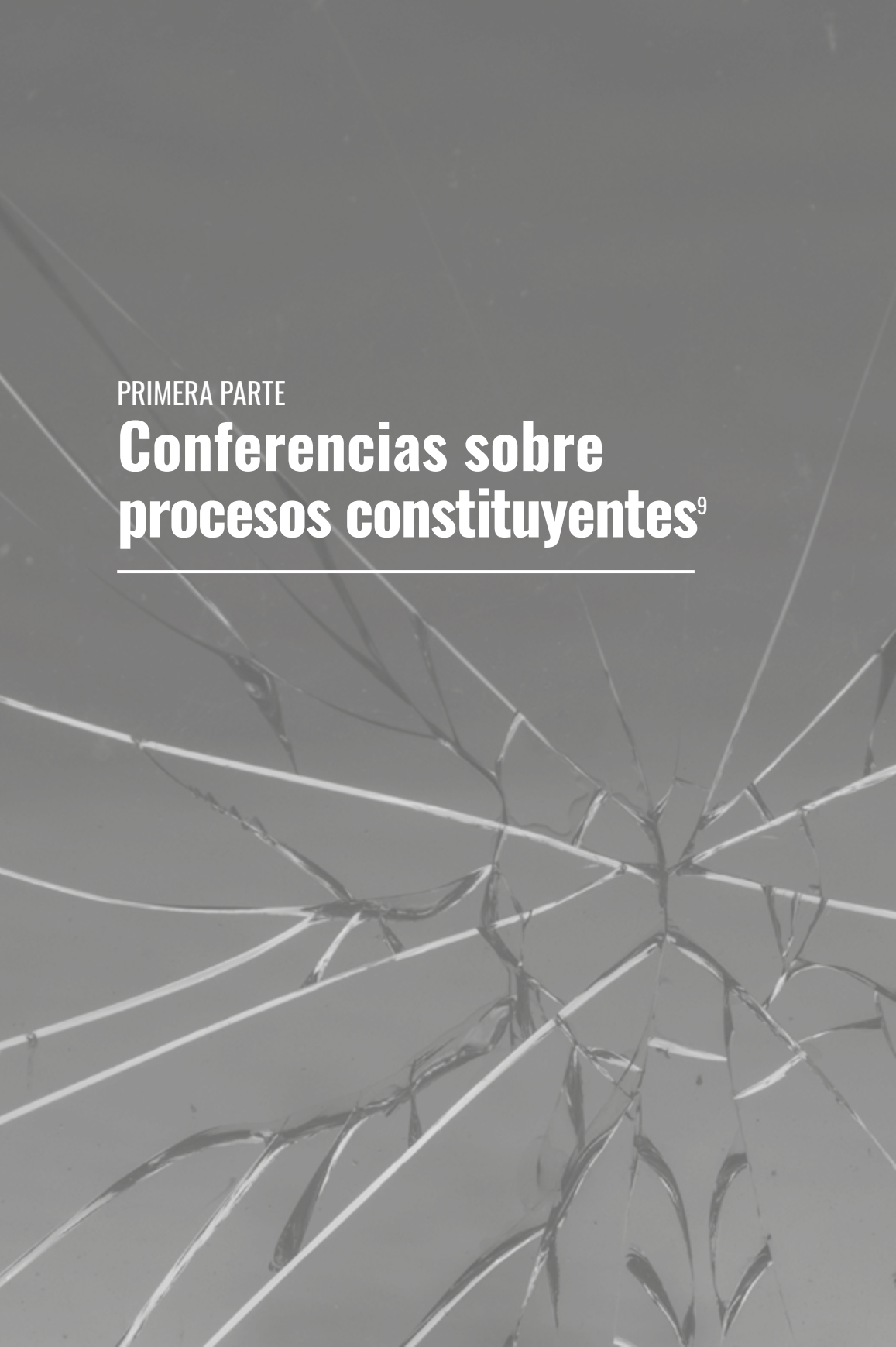
Espero que este humilde trabajo sea un aporte al debate constitucional que enfrenta nuestro país, que es quizás el desafío más relevante que le tocó a nuestra generación y que —pase lo que pase el 4 de septiembre de este año— está lejos de agotarse.

FELIPE LYON ERRÁZURIZ

Director Programa Estudios Constitucionales
Fundación Jaime Guzmán
Julio 2022

PRIMERA PARTE

Conferencias sobre procesos constituyentes[9]



Proceso Constituyente en tiempos de COVID[10]

JOSEP M. CASTELLÁ[11]

1. Planteamiento general

Muchas gracias a la Fundación Jaime Guzmán por la invitación y por la oportunidad de estar con todos ustedes. Hace justamente un año, en agosto de 2019, pasé cinco semanas en Chile. ¡Cuánto ha cambiado Chile desde aquel momento! Hay momentos de aceleración histórica que cambian mucho más la vida de un pueblo que lustros o decenios enteros. Son seguramente tiempos interesantes para vivir los ciudadanos como ciertamente lo son para seguir de cerca a los estudiosos del constitucionalismo. De ustedes, los chilenos, va a depender que sean "momentos estelares", por emplear términos de Stefan Zweig.

Para abordar el tema de los procesos constituyentes en los tiempos actuales, que son tiempos marcados por la pandemia del Covid-19, me centraré en una reflexión sobre cuestiones teóricas que se suscitan en los

[9] Conferencias dictadas entre el 3 de agosto y el 2 de octubre de 2020.
[10] Nota al pie: Exposición realizada el 3 de agosto de 2020.
[11] Abogado constitucionalista español. Es catedrático de la Universidad de Barcelona y miembro de la Comisión de Venecia, organismo asesor del Consejo de Europa en asuntos constitucionales.

procesos constituyentes, pero partiendo de una aproximación al momento actual, caracterizado por la sucesión y hasta concurrencia de varias crisis, como contexto en que tiene lugar uno de estos procesos, en Chile. Sin embargo, quiero aclarar desde el comienzo que mi reflexión no va a tratar de Chile. Es, en primer lugar, un análisis a partir de categorías de la teoría constitucional que son conocidas por todos como poder constituyente, poder de reforma y poderes constituidos. También es un tema propio de la teoría constitucional plantearse cuáles son las normas que rigen los procesos constituyentes. Hay asimismo aspectos novedosos en dicha teoría, como lo que Versteeg designó una "ola del futuro", el estudio del "constitucionalismo participativo". En segundo lugar, este es un análisis desde el derecho constitucional comparado. Si observamos los últimos años, vemos como hay experiencias en varios Estados de reformas constitucionales y algunas menos de cambios constitucionales, a las que parar atención. Y es un estudio, en tercer lugar, desde lo que se denomina el derecho transnacional, esto es, el producido por unas organizaciones internacionales a través de resoluciones y recomendaciones que fijan estándares que pueden servir a los diferentes operadores jurídicos de los diferentes países.

La Comisión de Venecia, en este sentido, es interesante a nuestro propósito porque es de los pocos organismos internacionales de carácter transnacional (Paul Craig, "Constitucionalismo transnacional: la contribución de la Comisión de Venecia, *Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 40, 2018), en este caso vinculado al Consejo de Europa, que se dedica a cuestiones constitucionales y de democracia. Hay más organismos de protección de derechos humanos, inclusive tribunales internacionales regionales en Europa y Latinoamérica. Sobre reforma y cambio constitucionales, la Comisión de Venecia tiene varios documentos que pueden ser de interés ahora: de forma destacada un informe general de 2010 sobre *Constitutional Amendment* (CDL-AD(2010)001); y entre las opiniones de caso concreto, destacaría la dedicada a la constitución de Islandia del

año 2013 (CDL-AD(2013)010). Y sobre el constitucionalismo en tiempos de excepción y emergencia, en 2020 se han publicado, con ocasión de la crisis del coronavirus, tres documentos relevantes, el primero de los cuales contiene una compilación de pronunciamientos previos de la misma Comisión sobre los estados de emergencia, en donde se plantea qué ocurre durante los estados de emergencia en relación con las crisis constitucionales y las reformas constitucionales (CDL-PI(2020)003), a los que han seguido dos documentos más sobre la situación de emergencia que estamos viviendo, unas reflexiones sobre el respeto a la democracia, derechos humanos y estado de derecho durante los estados de emergencia (CDL-PI(2020)005) y un informe provisional sobre la respuesta dada por los Estados miembros de la UE en los primeros meses de la crisis sanitaria y el impacto sobre el estado de derecho, la democracia y los derechos fundamentales (CDL-AD(2020)018); y finalmente, sobre los estados de emergencia y la reforma constitucional, merece destacarse la opinión de Turquía de 2017 (CDL-AD(2017)005).

Los documentos que emite la Comisión de Venecia contienen recomendaciones que suelen fijar y aplicar estándares internacionales y mencionar buenas prácticas seguidas en derecho comparado. Aunque las experiencias de los diferentes estados son muy heterogéneas entre sí respecto a la materia del cambio y la reforma constitucional, sirven para orientarnos en lo que ocurre y muestran tendencias (buenas prácticas), a la vez que permiten obtener estándares que puedan recomendarse y tenerse en cuenta cara al emprender nuevos procesos de cambio o de reforma constitucional.

Ello concuerda con el método de estudio jurídico-constitucional que tiene en cuenta, por una parte, el plano general, esto es, el análisis teórico, del derecho comparado y la doctrina que emana del derecho transnacional; y, por otra parte, su contraste con el plano de la realidad política concreta de cada país y de la cultura constitucional propia, con los que se obtienen conclusiones adecuadas al caso concreto.

Me permitirán que no entre en las concretas cuestiones chilenas del momento, y me limite a ofrecer un marco general abstracto, aunque me apoye en casos concretos, más o menos del presente. Considero que la búsqueda de respuestas a situaciones concretas no se puede hacer sino contrastando dichas consideraciones generales con la realidad y circunstancias del caso. A ustedes, los chilenos, corresponde valorar si les sirven estas reflexiones generales y cómo emplearlas a su situación. En esta operación entran en juego el realismo y el posibilismo, que ayudan a que las propuestas de cambio sean duraderas y eficaces en el contexto en que se plantean.

La estructura de mi intervención se divide en dos partes, que se derivan del título mismo de la ponencia: la primera, los tiempos del Covid-19, apela al cuándo, a las circunstancias en que se afronta el cambio constitucional; en definitiva, vincula la constitución y su modificación al tiempo o a la historia concreta. Una constitución no está desvinculada del tiempo ni de las circunstancias. La pregunta por cuándo cambian las constituciones y por cuándo se reforman es importante y pone sobre la mesa una situación de crisis constitucional, derivada de otras crisis de distinto orden. Es el punto de partida que fija la realidad sobre la que se proyecta la segunda parte, la cuestión propiamente sustantiva. Esta se va a articular sobre la idea de legitimidad. Es decir, cuándo se habla de un proceso constituyente, en el fondo siempre late la cuestión de la búsqueda de una nueva legitimidad, incluso de una mayor legitimidad o de relegitimación. Esta legitimidad, en el constitucionalismo contemporáneo, que nace de las revoluciones norteamericana y francesa del s. XVIII y bebe de la experiencia británica, no puede ser sino liberal-democrática. Otras opciones suponen salir de esta corriente fundamental, cuyos frutos están a la vista. Por ello conviene plantearse cómo se alcanza dicha legitimidad en un proceso constituyente hoy, en tiempos de crisis.

2. Constitución en tiempos de crisis

Partamos de unas reflexiones generales, antes de aterrizar en las circunstancias actuales. Los cambios constitucionales, entendidos como rupturas constitucionales, suelen ir ligados a grandes crisis: escenarios post-bélicos (Italia, Japón, Alemania después de la Segunda Guerra Mundial) o al final de regímenes autoritarios (como sucedió en el sur de Europa: Grecia, Portugal o España en los años 70). Y tienen lugar en los momentos post-crisis. Marcan la voluntad de un nuevo comienzo, de emprender una nueva etapa histórica. Este tipo de cambios constitucionales aparecen, pues, como algo extraordinario. Hay otros cambios constitucionales, sin ruptura revolucionaria, a veces incluso previstos por las mismas constituciones (ciertos casos en Iberoamérica) sobre los que volveremos luego y que se sitúan a mitad de camino entre las rupturas y las reformas constitucionales, que comparten algunos elementos de caracterización con ambas, pero también muestran diferencias con ellas, como tendremos ocasión de ver.

Distinto es el caso de la reforma o enmienda constitucional. El que haya más o menos, la frecuencia de las mismas, y la intensidad de las reformas, no solo depende de una razón jurídica: el procedimiento de reforma, constitucionalmente establecido, más rígido o más flexible, como muchas veces suelen apuntar ciertos discursos doctrinales. La Comisión de Venecia ha dicho, y me parece que es certero, que la frecuencia y la intensidad de las reformas depende también de la cultura constitucional de cada país. Hay países donde la constitución es, utilizando la terminología inglesa, un "instrumento de gobierno". En Alemania, la Ley Fundamental de Bonn ha sido modificada en más de sesenta ocasiones desde 1949, prácticamente una media de una por año. Esto es así porque las reformas buscan la eficacia o adecuación de la constitución a la nueva situación social y política y, por tanto, cuando una disposición constitucional no

encaja con la realidad, se logra el consenso político necesario para reformarla. Lo mismo podríamos decir de otros muchos países.

En cambio, hay otros países donde la constitución tiene un valor simbólico determinante. En ellos, las reformas constitucionales aprobadas son menores (con independencia de que el procedimiento de reforma sea parecido en cuanto a la rigidez establecida que en los casos anteriores) y suelen llevarse a cabo transcurridos bastantes años de su entrada en vigor, y se suele seguir una vía indirecta para adaptar la constitución a las nuevas realidades, a través de la interpretación de los tribunales supremos o constitucionales. La Constitución de los Estados Unidos es la más antigua del mundo y ha sido reformada en 27 ocasiones, de las cuales las diez primeras corresponden a la culminación del proceso constituyente, con la incorporación de una carta de derechos, tres años después de su aprobación. En 230 años, se han aprobado muy pocas reformas porque la puesta al día corre a cargo, sobre todo, del Tribunal Supremo. La Constitución española de 1978 es también un ejemplo de constitución-símbolo. Se protege el pacto constituyente como un bien preciado y se toman las reformas con mucha cautela. Por eso, la Constitución española, en más de cuarenta años de vigencia, solo ha sido reformada y, muy puntualmente, en dos ocasiones, y ambas relacionadas con indicaciones o exigencias de la Unión Europea. La Constitución japonesa de 1947 no ha sido reformada hasta la fecha, porque nunca se ha alcanzado el suficiente consenso para ello: el partido en el gobierno durante casi todo este período, en cambio nunca ha alcanzado los 2/3 de ambas cámaras, necesarios para su reforma. La cláusula de renuncia a la guerra del art. 9, fundamental en el constitucionalismo japonés, ha sido el obstáculo insalvable para abrir el proceso de reforma.

No hay, pues, una regla general sobre las modificaciones en las constituciones. Hay constituciones que, aun siendo rígidas en su estructura formal, son fácilmente reformables, como es el caso de México, seguramente el más exagerado (600 reformas en cien años), y constituciones que

nunca han sido reformadas (como la de Japón o la de Canadá de 1982) y, en ambos supuestos, el procedimiento es igual de rígido o parecido. La protección de la constitución va más allá de la rigidez del procedimiento de reforma establecido e incluye factores extrajurídicos, de tipo político o de estabilidad social.

Hay un caso particular a considerar. Cuando las constituciones fueron aprobadas en regímenes autoritarios, ¿qué ocurre tras la finalización de estos? La Comisión de Venecia, en el Informe señalado de 2010, contiene consideraciones al respecto que pueden resultar de interés. La primera es que el cambio de régimen político no necesariamente acarrea un cambio de constitución, menos aún de tipo rupturista. El reemplazo no es automático, como demuestran los países de Europa del Este cuando cae el Muro de Berlín, y hay países donde se produce un cambio constitucional, pero no siempre es inmediato y a veces es gradual. Segunda, cuando ello sucede, se sigue el procedimiento de reforma o, al menos, se siguen unas reglas. No es un tránsito en el vacío, de tipo revolucionario, sino que se observan unas pautas preestablecidas. Y tercera, en los casos de constituciones heredadas, puede parecer más necesaria o justificada su puesta al día. Al respecto, la Comisión de Venecia apunta tres criterios a seguir: primero, al estar abierta a un debate democrático, la puesta al día dependerá de las instancias representativas, eso es, de los parlamentos; segundo, la constitución vigente ha de someterse a una reevaluación, que puede conllevar una adecuación a los tiempos; y tercero, debe disponerse una mayor flexibilidad para poder introducir los cambios que puedan ser necesarios (CDL-AD(2010)001, para. 124 y 247).

Hasta aquí los criterios generales, que orientan la relación entre el paso del tiempo y su afectación a las constituciones. Detengámonos ahora en los tiempos actuales, en los que confluyen varias crisis. La más inmediata, que afecta a todo el mundo, es la crisis del Covid-19, la crisis de la pandemia sanitaria. La doctrina de la Comisión de Venecia se refiere a qué ocurre con

las reformas constitucionales en periodos de vigencia de estados de emergencia. De entrada, hay que hacer una distinción entre estado de emergencia y situación de emergencia. Cada Estado ha respondido a la pandemia aplicando sus propias normas constitucionales. Así, en unos casos, como el español, se ha declarado el estado de alarma, constitucionalmente previsto (art. 116 CE); en otros, como Francia, se ha declarado un estado de emergencia, distinto de los estados excepcionales, constitucionalmente previstos; y en otros como Italia se han utilizado normas como el decreto ley o decretos gubernamentales para lidiar con la situación de emergencia (para los estados de la UE ver CDL-PI(2020)018). Las experiencias al respecto son distintas y, por eso hay que distinguir entre la declaración del estado de emergencia propiamente dicho, y lo que son situaciones de emergencia que lleva a aplicar legislaciones o regulaciones de emergencia. Aclarado esto, la doctrina de la Comisión de Venecia insiste en que los periodos de excepcionalidad, cualquiera que sea el régimen jurídico concreto que los rija, no son los más propicios para abordar una reforma constitucional porque son momentos de excepcionalidad en donde el debate democrático no se lleva a cabo con la misma intensidad y con las mismas garantías que en tiempos ordinarios. El que muchas constituciones (por ejemplo art. 169 de la Constitución española) impidan empezar o llevar a cabo una reforma constitucional durante los estados de emergencia es un mecanismo de defensa de la Constitución. El objetivo que persiguen los diferentes países al separar la reforma constitucional del estado de emergencia es preservar que el proceso de la reforma se realice con plenas garantías. Dirá la Comisión de Venecia, como regla general, que una reforma o un cambio constitucional requieren de un ambiente pacífico, que permita el ejercicio ordinario de los derechos fundamentales y, muy en particular, de las libertades políticas, no solo el derecho al voto sino también el derecho de información, la libertad de asociación, de reunión, es decir, los derechos políticos propios para el ejercicio democrático. Asimismo, el orden público

y la seguridad favorecen el entorno propicio para que la reforma o el cambio constitucional se lleve a cabo con todas las garantías.

Además de las citadas reglas generales, se apuntan ciertas reglas particulares. Una de ellas, como se dijo en el informe citado sobre Turquía de 2017, que en los sesenta días después de la finalización del estado de emergencia no se pueda llevar a cabo una reforma constitucional. Pero, al mismo tiempo, la Comisión de Venecia admite como excepción al supuesto anterior el que haya un riesgo de colapso del sistema constitucional. Estos son los criterios fundamentales a considerar en materia de estado de emergencia y reforma constitucional. La novedad de esta emergencia concreta es su duración, lo que puede repercutir también en la situación examinada, igual que ha repercutido en la celebración de elecciones durante la emergencia, lo que a priori no se contempla en situaciones de este tipo.

En el momento presente confluyen con la crisis sanitaria, y sus efectos económicos y sociales, que provoca la situación de emergencia que padecemos, otras crisis o sus efectos, como es el caso de la económica y financiera, que estalló en 2008 y que se ha prolongado mucho tiempo. Esta ha acentuado una crisis política e institucional, una crisis de legitimidad de las instituciones políticas y de los actores políticos, empezando por los partidos, que venía de antes.

El caso islandés es instructivo por las consecuencias de las crisis en el plano constitucional. Islandia vivió la crisis del 2008 con una virulencia tremenda, siendo un país plenamente homologable con las democracias más avanzadas del mundo. Cuando se plantea la crisis financiera y económica, el país desemboca en una crisis política, de credibilidad de las instituciones. Ante esta situación, se lleva a cabo un plan de cambio constitucional con la elaboración del nuevo texto por parte de un consejo de la ciudadanía, que se somete a un referéndum consultivo en 2012, pero que al final se paraliza como consecuencia de

la celebración de las siguientes elecciones y la victoria de los contrarios al proceso constituyente. En esa experiencia de crisis se advierte el origen de la propuesta de cambio constitucional, la cual es muy atractiva para los estudiosos internacionales, que le han dedicado libros y artículos doctrinales. Pero no podemos perder de vista su desenlace: acaba con un fracaso y consiguiente continuidad de la Constitución vigente (en los últimos meses sometida a reformas parciales). Las causas del fracaso son aleccionadoras. Islandia es una democracia consolidada, cuyo caso motivó unas reflexiones interesantes por parte de la Comisión de Venecia en la opinión de 2013 citada, en las que ya advertía de ciertos riesgos, a los que volveré más tarde. En cambio, otros países, a raíz de la crisis del 2008 y siguientes, optaron por reformar sus constituciones: Alemania, Italia o España. Pero fueron reformas muy acotadas, que tuvieron que ver con el principio de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, como respuesta a la crisis económico-financiera, sin alterar los pilares fundamentales de la Constitución vigente.

Hay una última crisis en estos momentos, la cual constituye el telón de fondo ineludible de toda discusión política en el mundo, al menos en el mundo occidental, entendiendo por "occidental" Europa y las Américas. Me refiero a la aparición del populismo —o mejor, de los populismos, dadas las diferencias entre ellos—, relacionada con las crisis política y económica mencionadas. ¿Cómo inciden los populismos sobre la reforma o sobre el reemplazo constitucional? Para dar una respuesta adecuada, es necesario partir de la relación entre populismo y democracia constitucional. Entre las mejores aproximaciones al tema, Ginsburg y Huq en How to Save a Constitutional Democracy (2018), nos hablan de la "erosión" —más que colapso— que produce el populismo a la democracia constitucional y a la democracia representativa. En este contexto se produce una gran polarización y tensión política. Los actores políticos, en el actual momento populista, tienden más a la búsqueda y reivindicación de cuestiones

identitarias y de sus banderas ideológicas, del tipo que sea, nacionales, étnicas, de género, ecologistas, etc. Así, la defensa de identidades particulares pasa por encima de la búsqueda del consenso y, a través del consenso, del bien común de una comunidad política. Este es un dato imprescindible para entender la aproximación de los populismos a la cuestión de la reforma y el cambio constitucional. Allá donde han tenido mayorías suficientes para ello, han utilizado estas vías para implantar su programa político. Ello se ha hecho sin el consenso político que ha caracterizado la elaboración de constituciones en los estados occidentales a lo largo del siglo XX (desde Weimar en 1919). Ahora, el entorno populista es poco favorable a la elaboración de constituciones de consenso, sino que más bien se vuelve a constituciones de parte y más ideológicas, como en siglo XIX.

Un segundo dato, propio del momento presente, es la crisis institucional, con una ciudadanía mayoritariamente una desconfianza hacia todas las instituciones públicas. Los gobiernos populistas aprovechan esta situación para deslegitimar y socavar la independencia de los órganos contra mayoritarios, sean de carácter judicial, como los tribunales constitucionales, tribunales supremos y la judicatura en general, sean también órganos y autoridades independientes de garantía.

Lo anterior es consecuencia o va de la mano de la aparición o el auge de partidos extraños al pacto constituyente o a las sucesivas reformas re-legitimadoras de la Constitución. Cuando aparecen estos nuevos partidos ajenos a la tradición constitucional de un país, estos tienden a cuestionar las bases constitucionales y a propugnar una ruptura respecto a la Constitución preexistente. Si a esto se le añade la afirmación de nuevos liderazgos políticos por encima de instituciones y, al mismo tiempo, el debilitamiento de los liderazgos políticos tradicionales, la gestación del populismo aparece como imparable en nuestras democracias contemporáneas.

¿Cómo afecta el populismo a las reformas o cambios constitucionales? Hay que distinguir dos incidencias: la primera se refiere al proceso

de cambio mismo, a algún elemento del procedimiento. Pensemos, por ejemplo, en Italia o el Reino Unido, que en el 2016 someten a referéndum cuestiones de tipo o materia constitucional: el Brexit (o salida del Reino Unido de la Unión Europea), o una reforma ambiciosa de la constitución italiana que afecta a la organización territorial, al bicameralismo y a la forma de gobierno. Los resultados negativos en Italia paralizan la reforma constitucional que se había aprobado por parte de la mayoría política en el Parlamento; en el caso del Brexit el resultado es contrario a la voluntad de la mayoría parlamentaria. Nos hallamos ante el uso del referéndum contra la democracia parlamentaria en un momento populista. Incluso en países con una tradición referendaria tan importante como Italia, con larga experiencia en la convocatoria de referéndums desde 1973, este se acaba convirtiendo en un plebiscito sobre la continuidad o no del presidente del Consejo de ministros Renzi; y en el caso del Brexit, en un Reino Unido de indudable trayectoria parlamentaria y democrática, toda la discusión compleja y difícil sobre la pertenencia a la Unión Europea, se termina convirtiendo en un debate simplista sobre la identidad británica y sobre cuestiones como la inmigración. Por tanto, el uso populista del referéndum no escapa incluso de estados con una tradición democrática o con una práctica sobre los referéndums asentada y con regulaciones jurídicas garantistas.

Pero hay una segunda afectación del populismo referida a los contenidos de la reforma constitucional. El populismo afecta a la democracia constitucional en sus principios y contenidos fundamentales. Si atendemos ahora a las propuestas de reforma constitucional que se han planteado recientemente en Italia, donde hay una componente populista importante en su vida política (2020), sea en el gobierno sea en la oposición, vemos cómo se logra un acuerdo para reducir los "costes de la política": la eliminación en un tercio el número de diputados y senadores muestra la desconfianza hacia el parlamento. Pero también tenemos los casos de

países de Europa Central y del Este, como es el caso de Hungría, donde se reduce el poder y la independencia del Tribunal Constitucional y los órganos de gobierno del poder judicial. En Iberoamérica, los cambios constitucionales introducen una concentración de poder en el Ejecutivo (y la eliminación de la limitación de mandatos presidenciales), y unos instrumentos participativos y el reconocimiento de una amplia gama de derechos colectivos, con problemas para su garantía efectiva. Estamos ante contenidos populistas de reformas y cambios constitucionales.

Para concluir esta primera parte sobre la relación entre tiempo y constitución, entre circunstancias políticas y sociales y cambio constitucional, podemos observar como argumento a favor del cambio constitucional, en momentos de crisis, que esta actúa como revulsivo para instaurar un nuevo pacto constituyente. También supone dotar de nueva legitimidad a las normas fundamentales de la comunidad política, que sustituya a la legitimidad anterior, cuestionada. Pero también hay factores que invitan a la cautela. De entrada, en tiempos de polarización política, como los actuales, es más difícil llegar a consensos o grandes acuerdos constitucionales. La agenda constitucional suele desplazarse hacia temas que no solo son controvertidos, sino que no pocas veces son coyunturales, y que tiende a introducir en el plano de la constitución cuestiones que son de dudosa relevancia constitucional. El peligro se acrecienta cuando el cambio o la reforma es llevada a cabo por nuevos actores políticos que son ajenos a la cultura y tradición constitucional, y que no se muestran leales al pacto constituyente, sin que el nuevo pacto que sustituye al anterior sea igualmente inclusivo de la pluralidad política. Sirve aplicar a estos supuestos la metáfora que el gran especialista en *constitution making,* Elster, utiliza para expresar el sentido de la rigidez constitucional. Ulises se ata a la columna para no sucumbir a los cantos de las sirenas, como el constituyente se limita a sí mismo ante las demandas de incorporar a la Constitución cualquier demanda o aspiración

social, por legítima que sea. Es una apelación a la cautela ante el cambio constitucional en tiempos de zozobra, a valorar qué debe incluirse y qué no, y a hacerlo de común acuerdo (la única forma de que los marineros puedan desatar a Ulises).

3. Proceso constituyente y búsqueda de una nueva legitimidad

Después de haber visto las circunstancias y algunas de las condiciones de oportunidad y necesidad de un cambio constitucional, en la segunda parte vamos a reflexionar sobre el proceso constituyente mismo. Este viene atravesado de una idea central: la búsqueda y obtención de —una nueva y mayor— legitimidad, que no puede ser sino democrática.

La cuestión de la legitimidad se proyecta, en primer lugar, desde el presente hacia el pasado, es decir, sobre el mantenimiento o no del legado de las generaciones anteriores y del pacto originario plasmado en la constitución aún vigente. Se produce una tensión entre la constitución vigente y la crisis actual con la aparición de ciertas demandas o aspiraciones sociales que no tienen cabida en la constitución presente. Y, en segundo lugar, la legitimidad mira desde el presente hacia el futuro. La crisis actual lleva a que la sociedad valore si es mejor el cambio constitucional, que entraña la superación de la anterior etapa histórica, o su reforma. La vía reformista no altera los pilares fundamentales del orden constitucional existente, y valora sobre todo la continuidad y estabilidad. Por el contrario, la opción por el cambio de constitución trata de encontrar una nueva legitimidad a través de un nuevo poder constituyente. El reto en este caso es que sea más inclusivo, más integrador, más respetuoso con la voluntad popular: este es el mejor legado de las generaciones presentes a las venideras. De lo contrario, la nueva constitución nacerá lastrada por un origen de parte y excluyente, y sus bases serán débiles y, por ello, efímeras. A continuación,

vamos a abordar justamente esto: cómo caracterizar esa nueva legitimidad para garantizar un mejor futuro constitucional a la comunidad política.

Para ello, hay que partir de una premisa: la diferencia entre el proceso constituyente y los procedimientos legislativos ordinarios y, entre uno y otros, el procedimiento de reforma constitucional. Dicho de otra manera, las normas constitucionales, en tanto que normas fundamentales de la comunidad política, son el fruto del proceso constituyente, y tienen vocación de estabilidad y permanencia, lo que no se ve sustancialmente alterado por la reforma, si la reforma se ajusta a los límites explícitos e implícitos que la caracterizan. En cambio, las otras normas, las ordinarias, son normas que el legislador posterior podrá cambiar o derogar y, por tanto, se caracterizan por su flexibilidad y coyunturalidad. Conviene no confundir los dos planos, constituyente y constituido, que son completamente diferentes, y no utilizar uno —por ejemplo, la reforma constitucional— con propósitos propios de la reforma legislativa ordinaria o para soslayar los límites de esta. Ambos planos tienen lógicas políticas y jurídicas distintas y, por supuesto, con una legitimidad también distinta cada una de ellas.

El sentido de la rigidez constitucional, lo que hace que la norma constitucional esté garantizada por un proceso de aprobación distinto del procedimiento legislativo ordinario, es, de entrada y como es archiconocido, que la decisión propiamente constitucional no quede en manos de la mayoría coyuntural o de gobierno. En tal caso, se confundirían el plano de la legalidad y el plano de la constitucionalidad, porque la mayoría exigida para aprobar leyes podría aprobar también la reforma constitucional e incluso el cambio constitucional. Pero hay otra razón a la que prestar atención: aunque la mayoría consiguiera sacar adelante por sí sola una reforma o cambio constitucional porque tuviera la mayoría requerida para ello, dicha modificación ha de producirse conforme a lo exigido para la modificación constitucional. Esto afecta, en primer término, al amplio acuerdo requerido para su aprobación (con parte de la

oposición al menos), como recuerda la Comisión de Venecia en relación con las reformas constitucionales impulsadas por la mayoría parlamentaria sin concurso de las minorías (Hungría, Georgia, Serbia...); y en segundo término a circunscribirse a la materia propia de la constitución, lo cual es más difícil de precisar que lo anterior, pero, en términos generales, alude a no petrificar en la constitución el legítimo debate político democrático, ni a impedir el control de constitucionalidad de las decisiones políticas, como es propio del plano de la legalidad ordinaria.

La Comisión de Venecia ha subrayado un motivo adicional, de orden pragmático, a la conveniencia de separar el poder constituyente de los ordinarios. Un proceso constituyente, que se alargara en el tiempo sin cerrarse, iría en detrimento del ejercicio de las funciones ordinarias legislativa y de gobierno. En la vida de una nación, es necesario pasar pronto del proceso constituyente al ejercicio y desarrollo constitucional. En el proceso constituyente se fijan las reglas y, una vez que estas están fijadas, los diferentes actores, de acuerdo con los resultados electorales de cada convocatoria electoral, deberán gobernar o legislar de acuerdo con su ideología o programa electoral o de gobierno, dentro del marco constitucional.

Así pues, aclarada la distinción entre los distintos planos normativos, que se corresponden con distinto alcance de la legitimidad democrática para la realización de las funciones propias de cada tipo de poder. Y visto como corresponde a la constitución determinar las reglas de juego de una comunidad política, podemos plantearnos algunas cuestiones relacionadas con la búsqueda de una mayor y nueva legitimidad de un proceso constituyente y los riesgos a evitar en el mismo, comenzando por la relación entre poder constituyente y voluntad popular.

Partamos a continuación de una paradoja solo aparente en la reflexión sobre la legitimidad que persigue el poder constituyente: el origen de una constitución se basa en la voluntad popular, en que es obra del pueblo como poder constituyente. Pensemos en el *We the people* que

abre la constitución de 1787 de los Estados Unidos. Pero, al mismo tiempo, aunque haya esa invocación a la voluntad popular (o a la voluntad de la nación, en otros contextos: "la nación española, en uso de su soberanía", en el Preámbulo de la Constitución de 1978), en la experiencia lo que se observa es que prácticamente nunca o hasta hace muy poco tiempo no encontramos una participación directa del pueblo en el proceso de cambio constitucional. Y no faltan casos en que la constitución es el resultado de una imposición exterior, otra forma de mostrar la ajenidad de esta con la voluntad popular.

En relación con constituciones que nacen en contextos de imposición exterior o no democráticos, conviene alertar desde el primer momento sobre ciertas críticas a la falta de legitimidad de origen de una constitución, de la que se derivaría la ilegitimidad radical de la misma y su imposibilidad de relegitimarla posteriormente. Es un hecho constatable que las constituciones nunca se elaboran en situaciones ideales, no se producen en un laboratorio en condiciones óptimas. La historia de las constituciones difícilmente se corresponde con este patrón.

Pensemos, en primer lugar, en casos extremos de constituciones impuestas o condicionadas desde el exterior. La Constitución de Japón de 1947 es una constitución elaborada por los servicios jurídicos del ejército de Estados Unidos. También la Ley fundamental de Bonn nace en Alemania con una doble mancha de legitimidad: primera, porque una parte importante de Alemania quedó al otro lado del telón de acero, por lo que no participó del proceso constituyente del pueblo alemán, y se convirtió en una república satélite de la Unión Soviética. No es, pues, el pueblo alemán el que se expresa en la Ley fundamental sino una parte de él. Segunda, la parte Occidental, es decir, la Alemania Federal, elabora la Ley fundamental bajo la vigilante supervisión de las tres potencias occidentales vencedoras. No se elige una Asamblea Constituyente ni se produce una ratificación popular de la Ley Fundamental.

Así pues, Japón y Alemania, democracias que, según el ranking de *The Economist,* están entre las primeras consolidadas, o Estados cuyo *rule of law* (o estado de derecho), según el índice del *World Justice Forum,* también figura entre los más destacados, tuvieron procesos constituyentes cuya legitimidad no se ajusta a formulaciones abstractas (un poder constituyente omnímodo y soberano, según Sieyès) ni a condiciones deseables en términos democráticos. Se precisa otro tipo de aproximación para comprender sus procesos constituyentes y, sobre todo, la legitimidad de sus constituciones, que atienda a la progresiva relegitimación ulterior. Algo parecido se puede decir de Canadá o Estados Unidos.

¿Cómo se ha ido relegitimando la Constitución en dichos países? A la luz de los casos concretos, se impone una mirada más amplia y realista, que atienda a la evolución y práctica constitucional ulterior. Esto es, la posibilidad de reforma constitucional y la adecuación a los nuevos tiempos por vía de desarrollo constitucional (legislador) e interpretativa (jueces supremos) han actuado como formas de legitimar las cartas constitucionales ante las sucesivas generaciones, sin recurrir a nuevos pactos constituyentes. Así, en el caso de Alemania, ha sido la participación de los representantes de los territorios del Este, ausentes en el momento fundacional de la República Federal e incorporados a la misma en 1990, en el Parlamento y en la reforma constitucional, y no la utilización, jurídicamente más adecuada, de la disposición específica de la Ley Fundamental para el propósito de la unificación de todo el pueblo alemán (antiguo art. 23). En el caso japonés, en ausencia de reforma constitucional, la práctica constitucional, la estabilidad política, la paz regional y el desarrollo social y económico, logrados bajo la vigencia de la Constitución, han sido factores suficientes para consolidar su legitimidad ante las generaciones posteriores.

En segundo lugar, a la crítica por la ausencia de participación real del pueblo en la elaboración de la constitución, una mirada más atenta permite concluir que dicha ausencia de participación directa en el proceso

constituyente no necesariamente significa que la apelación a la voluntad popular es algo vacío o meramente formal, o permite negar incluso que la constitución sea resultado de la voluntad popular.

¿Qué ha hecho el constitucionalismo liberal democrático hasta nuestros días para dar respuesta a la búsqueda de legitimidad democrática de una constitución o para relegitimarla democráticamente cuando su origen no lo era? Básicamente, ha operado a través, primero, de la representación política y, después, a través de la democracia representativa, a través del parlamento o congreso, que actúan en nombre del pueblo, como institución central del proceso constituyente y de reforma. Para la Comisión de Venecia, el Parlamento es la principal arena política donde debatir un cambio constitucional, porque es la institución donde está representada la pluralidad política de una sociedad. Y lo hace con unas mayorías cualificadas, para lograr el consenso, y con una deliberación, que a veces se repetirá 2 o 3 veces, es decir, con varias lecturas espaciadas en el tiempo, para tratar de depurar los elementos coyunturales y obligar a mayor reflexión. Este conjunto de garantías, a diferencia del procedimiento legislativo ordinario, tiende a buscar la legitimidad política a través de la deliberación e integración de la pluralidad política.

Además de esta deliberación y aprobación parlamentaria, sobre todo desde los años setenta, se va a ir introduciendo en bastantes países, pero no en todos, la ratificación popular de la nueva constitución (y a veces de la reforma) en referéndum al final del proceso. De esta manera, cuando el ordenamiento jurídico lo prevé —sea la constitución o las reglas que rigen el proceso constituyente—, aparece la intervención del pueblo a través del referéndum, como culminación del proceso constituyente o de reforma. Importa el momento y las circunstancias en que el referéndum tiene lugar para que se integre en el proceso decisional con carácter complementario de la intervención fundamental de las instancias representativas y sin pretensión alternativa de ella. Por ello el referéndum que se acaba de

señalar es distinto de otro tipo de consulta, como sustituto o mecanismo de compensación en manos del presidente ante la ausencia efectiva del Parlamento en el proceso de elaboración (en la Constitución gaullista de 1958), o en manos de la mayoría ante la ausencia de negociación y acuerdo con la oposición.

En los últimos tiempos, las reglas de aprobación de la nueva Constitución pueden incorporar además formas de participación ciudadana, de consultas a la opinión pública, grupos, ONGs, y otras asociaciones. Son mecanismos de democracia participativa y deliberativa, sobre los que se volverá al final, cuyo planteamiento es distinto, igual que ocurre con el referéndum, si pretende sustituir al acuerdo parlamentario o bien si se integra en el proceso constituyente, para ampliar más la deliberación y el consenso social, de modo que no choque con la centralidad del parlamento o de la institución representativa.

A pesar de todas las carencias originarias citadas, ciertamente indiscutibles, la constitución no cesa de buscar ampliar su legitimidad ante la ciudadanía por distintos medios. Hasta ahora hemos centrado nuestra atención en la búsqueda de legitimación democrática como objetivo fundamental de una constitución y del proceso constituyente que está en su origen, porque apela a los fundamentos, al origen de la constitución y a su aceptación social, pero no hay que desdeñar otras funciones y objetivos que también importan en una constitución. Estos consisten en generar estabilidad política e institucional, predictibilidad de las normas aplicables, seguridad y certidumbre jurídica, o en proteger a los ciudadanos y a las minorías de la concentración del poder por la mayoría de turno. La constitución, en cambio, no está llamada a resolver todos los problemas sociales y políticos de una sociedad. Se trata de una visión taumatúrgica de la constitución, concebirla en términos de "rey Midas", cuya sola invocación resuelve los problemas de una sociedad. Lo propio de la constitución es resolver o encauzar determinados problemas históricos o actuales

que tienen que ver con la organización del poder y la garantía de los derechos fundamentales en una sociedad. Lo contrario genera frustración y falsas expectativas en la sociedad.

La pregunta por la legitimidad democrática necesita aclarar el tipo de democracia que se invoca. Ciertamente no se trata de una democracia radical o revolucionaria, una democracia sin límites, en que la mayoría lo puede todo, y sin sometimiento a reglas.

No es esta la lógica de la democracia en la elaboración de una constitución. El poder del poder constituyente no es nunca omnímodo, por supuesto, en la práctica como se ha visto, pero tampoco suele serlo en el plano jurídico. Más bien estamos en la lógica de la democracia constitucional, esto es, sometida a los principios del constitucionalismo. Sobre ello ha incidido la Comisión de Venecia: se elabora una constitución desde los principios del constitucionalismo democrático. Ello entraña superar la regla de la mayoría como única regla de la toma de decisiones, e introducir otras reglas y otros principios propios de una democracia constitucional. Así, entra en juego la inclusión de la pluralidad política en la elaboración de la constitución. Ello se refleja en la exigencia de mayorías cualificadas, para lograr un acuerdo amplio que integre a minorías, y en la preservación de la deliberación con garantías en los debates parlamentarios y, ahora, también en la fase participativa o de consulta a la sociedad civil. También son esenciales las reglas de transparencia en el debate.

Aunque sobre esta última es obligado introducir un matiz. No se trata de que el proceso constituyente transcurra íntegramente en una "casa de cristal", en la que todo queda a la luz pública. Sirva el ejemplo de la constitución española del 78, donde se advirtió que la mejor negociación para conseguir el consenso y una constitución verdaderamente integradora, a veces, requiere espacios de discreción, sin publicidad. Si miramos al 1977, la ponencia que redacta el primer borrador de la Constitución lo hace, durante varios meses, sin presencia de los medios de comunicación y con

un compromiso de secreto o reserva de parte de los ponentes. Igual ocurrirá después entre los negociadores de los dos grandes partidos. Todos los actores van a reconocer después que esto contribuye decisivamente a una buena negociación y al resultado consensual, en el que todos deben ceder en posiciones comprometidas ante sus respectivos electorados. Esa transacción difícilmente se puede llevar a cabo ante la opinión, porque sería vista como una traición a los postulados y programas de cada parte. La Constitución en España es el resultado de un pacto de renuncias, en el que todos ceden en aras de un bien superior, del bien común.

La democracia que está presente en el proceso constituyente es una democracia en la que hay también una observancia de reglas jurídicas. Cuando se trata de una reforma constitucional, las reglas y procedimientos son claros, porque están explicitados en la constitución misma. Cuando estamos ante un cambio de constitución, pocas veces incorpora la constitución el supuesto: la Asamblea Constituyente está en la Constitución de Colombia y en otras iberoamericanas. Pero, por regla general, no están previstas en la propia constitución. No obstante, hay siempre unas reglas que rigen el proceso constituyente. La observancia de tales reglas, además de los criterios mencionados más arriba, hacen que la constitución sea percibida como legítima, en un sentido democrático.

4. Pautas y riesgos para un proceso constituyente

Todo proceso constituyente que se canalice en los términos de legitimidad democrática que se han visto hasta ahora, plantea la necesidad de afrontar ciertas cuestiones, así como sus correspondientes peligros que lo amenazan. Vamos a referirnos a cuatro de ellos, sin pretender ser exhaustivos.

El primer riesgo pasa por confundir la mayoría electoral —incluso cualificada— del momento constituyente con la mayoría social y política de una comunidad o Estado. Puede darse que sectores de la sociedad puedan retraerse y no ir a votar en las elecciones al Parlamento o Asamblea Constituyente, sea por las dudas que alberga sobre el proceso que se inicia, sea porque no se ven comprometidos con el mismo, o por la desarticulación de las fuerzas políticas contrarias al cambio, etc. Si la nueva mayoría no tiene en cuenta la auténtica pluralidad de la sociedad, aunque no se refleje en aquel momento inicial, el riesgo de que el resultado, la constitución nueva, tenga una existencia efímera y frágil es grande, porque será percibida como ajena al sentir de una parte de la población, coyunturalmente abstencionista. Un ejemplo de ello lo ofrece la Constitución española de la Segunda República, en 1931, la cual es fruto de un proceso revolucionario. En la Asamblea Constituyente las derechas monárquicas y católicas prácticamente no estuvieron representadas, y hubo una hegemonía en la representación de las izquierdas y los nacionalistas catalanes. Pero ello no era representativo de la España real, como se comprobó al cabo de dos años, cuando en las siguientes elecciones (ordinarias) ganaron el centro y la derecha. La mayoría de turno en el 31 no entendió que aquella mayoría respondía a circunstancias concretas del momento y de la euforia revolucionaria, y redactó una constitución que, lejos de representar a toda la nación y, por tanto, integrar la pluralidad y generar un consenso social profundo, era la expresión de la mayoría. Ello contribuyó poderosamente a su fatal desenlace, como reconocieron algunos de sus autores, posteriormente. Si se compara esto con la Constitución del 78, se advierte que ahí sí se plantea desde el inicio y se consigue una integración muy amplia, con una deliberación larga y profunda, en la que intervienen desde el Partido Comunista, a la derecha conservadora y a grupos nacionalistas. Por tanto, para crear una constitución inclusiva y duradera, debe tenerse en cuenta la realidad sociológica de un país.

El segundo aspecto a considerar se refiere a la existencia o no de dos instituciones representativas simultáneas en el momento de elaboración de una nueva constitución y, en su caso, de la relación entre el poder constituyente encarnado en la Asamblea o Convención y los poderes ordinarios, creados por la Constitución precedente que siguen vigentes. Se pueden plantear dos situaciones, que tienen que ver con el procedimiento de cambio, reformista ("de la ley a la ley", en términos de Fernández Miranda en 1976 en España) o rupturista: 1) que el nuevo poder constituyente asuma también las funciones legislativas ordinarias (hipótesis rupturista), o 2) que se determine una división del trabajo entre el poder de la asamblea o de la convención constituyente, encargado de la elaboración de la constitución, por un lado, y el congreso o el parlamento ordinario para la legislación ordinaria, por otro (hipótesis reformista). En este último caso estaríamos ante la pervivencia de una dualidad de poderes y existe el riesgo de que la nueva asamblea o convención constitucional, como está dotada de una legitimidad democrática nueva, fruto de unas elecciones constituyentes, intente abarcar también los poderes del congreso ordinario. Sin embargo, cuando la asamblea constituyente asume también los poderes legislativos ordinarios se produce una acumulación del poder en dicha asamblea. Hay experiencias en la historia de esto último. En febrero del año 1918 se elige una Asamblea Constituyente en Alemania. Esta elabora, primero de todo, una constitución provisional que da a dicha asamblea tanto el poder constituyente como el legislativo ordinario. Carl Schmitt dirá que aquel momento se corresponde con el de una "dictadura soberana", porque todo el poder revolucionario del pueblo descansa y es ejercido por la Asamblea. El caso español en 1977, con la Ley para la Reforma Política, que va a regular las primeras Cortes democráticas —constituyentes, sin decirlo expresamente—, prevé un parlamento —bicameral, por cierto— que es a la vez constituyente y ordinario. A diferencia de Alemania, no se trata de un

poder revolucionario sino de reforma, o más precisamente, de ruptura pactada y de acuerdo con la ley, resultado de una transacción con los restos del régimen anterior, con el rey como figura que aporta estabilidad y continuidad institucional, así como respeto a las reglas constitucionales de reforma anteriores. Además, el pacto constitucional va precedido en 1977 de un pacto político y social importante, cuyos frutos principales con la ley de amnistía y los Pactos de la Moncloa, con los que se sentaron las bases para que la economía y las relaciones sociales funcionasen y poder centrarse en la tarea constituyente.

Tercero, qué hacer en caso de que el acuerdo constituyente no sea posible en determinados asuntos controvertidos de naturaleza constitucional. Carl Schmitt, a la vista de lo sucedido en la Constitución de Weimar, se refiere a esta situación como los "compromisos dilatorios", consistentes en diferir al futuro aquello que los constituyentes no sean capaces de acordar. De esta manera, se deja al legislador, normalmente a un legislador con una mayoría cualificada (en España o Francia a través de la ley orgánica), la adopción de determinadas decisiones, que en principio correspondería regular en la constitución. Se desconstitucionalizan aquellas materias constitucionales sobre las que no es posible el acuerdo, porque hay que cerrar ya el pacto constituyente, pues no puede permanecer abierto indefinidamente, y empezar ya los tiempos ordinarios y la actuación de los poderes constituidos.

Pero, a la vez que pasa esto, debemos advertir de un riesgo: que decisiones de relevancia constitucional —de acuerdo con la experiencia constitucional comparada y la teoría constitucional serían materias cuya decisión está reservada al poder constituyente— sean diferidas *in toto*. Los asuntos constitucionales no pueden diferir sustancialmente al futuro, ya que en tal caso se estaría vaciando de contenido a la idea de constitución misma, y de objeto al poder constituyente. Es decir, hay materias constitucionales como la división de poderes, la organización del poder

territorial o los derechos de los ciudadanos, que deben ser abordados en la constitución. Si no lo son, esa constitución llevará el nombre de "constitución", pero habrá delegado la decisión política fundamental a mayorías menos elevadas que vaciarán de contenido la diferencia de la que partíamos al enunciar las premisas: entre poder constituyente y poderes ordinarios. Ello supondría dejar a la mayoría de turno la decisión propiamente constitucional. Para evitar precisamente esto, cobra todo su sentido en el constitucionalismo liberal democrático la distinción entre el plano de la constitucionalidad y el plano de la legalidad, al que nos hemos referido con anterioridad. Hay que identificar y delimitar cuáles son esas materias constitucionales o fundamentales. La delegación a poderes ordinarios de estas decisiones no puede ser la regla general sino la excepción.

El cuarto y último aspecto a considerar pasa por cómo hacer que una constitución sea percibida por la ciudadanía más legítima democráticamente. Entra en juego aquí la posible apertura de mecanismos participativos a lo largo del proceso constituyente. ¿Cuál es el espacio para la participación y para la deliberación ciudadana? ¿Cuál su relación con la institución representativa a la que corresponde negociar y adoptar la constitución Yanina Welp y Francisco Soto ("Más allá de modas y cortinas de humo: la deliberación ciudadana en cambios constitucionales", *Revista Española de Ciencia Política* núm. 50, 2019), llevan a cabo un estudio empírico y de sistematización de los casos de procesos constituyentes participados que han tenido lugar en los últimos tiempos a lo largo del mundo. Los autores llegan a la conclusión de que no coinciden siempre los procesos participativos en los procesos constituyentes con los estados democráticos. Dicho de otra manera, hay procesos participativos que tienen finalidades que ellos clasifican como de carácter simbólico, o en los que se ha dado participación ciudadana pero que han sido controlados desde el gobierno de aquel país o bien se han visto desbordados por una serie circunstancias. En todos estos tipos de procesos participativos fallan elementos

fundamentales, como los que se han mencionado antes: la inclusión de la pluralidad política, la transparencia, la trazabilidad, es decir, que la participación produzca un efecto constatable y no quede en una mera justificación legitimadora del gobierno que los ha organizado.

En cambio, hay otras experiencias, menores en número, de participación constituyente donde se cumplen los requisitos de pluralidad, inclusión transparencia y trazabilidad, en el caso máximo. Esto permite descartar procesos como el llevado a cabo en Marruecos, en países africanos o en algunos países latinoamericanos como Cuba, Venezuela, Bolivia o Ecuador.

Las experiencias en que coinciden participación, apertura participativa en busca de mayor legitimación y democracia son denominados, por los autores citados, formas de "participación constituyente". En este grupo se sitúan Islandia e Irlanda.

En vista a lo anterior, no podemos soslayar que hay países cuyo carácter democrático es indiscutible, verdaderos estados de derecho y democracias constitucionales, donde no se llevan a cabo procesos participativos en la reforma constitucional o, si se realizan, tienen una relevancia marginal, como sucede en Alemania, Italia o Bélgica por citar estados que, según los rankings internacionales, son democracias consolidadas con estados de derecho también avanzados. En estos países apenas existen experiencia de procesos participativos porque la legitimidad democrática del proceso constituyente y de la constitución resultante la da el parlamento y, en su caso el referéndum (no en Alemania ni en Bélgica). Cuando los parlamentos gozan de legitimidad amplia ante la opinión pública, cuando las reformas son aprobadas por grandes mayorías en el parlamento, esto es, cuando funcionan correctamente las instituciones, no parece que se perciba como necesario acudir a los instrumentos participativos. Ello es compatible, no obstante, con consultas a grupos interesados y entidades del sector. Así pues, se recurre a fórmulas participativas

en sede constituyente, sobre todo en el continente Latinoamericano y en África, mientras que en Europa o en Norteamérica son marginales.

Los casos de Islandia y de Irlanda son, no obstante, distintos entre sí. De entrada, porque mientras en Islandia tiene lugar es un proceso constituyente propiamente dicho, en Irlanda se producen dos procesos de reforma constitucional acotada, en los que se incorpora una convención que, por sorteo, incluye a distintos ciudadanos, que, junto a representantes de los partidos, elabora un proyecto de reforma, que luego se discute en el parlamento y finalmente se somete a referéndum de ratificación. Por tanto, en dicho proceso de reforma intervienen las tres formas de ejercicio de la democracia de forma complementaria.

En el caso islandés, además de fijarse en el proceso participativo, importan los resultados. En última instancia, la legitimidad de una constitución depende no solo de la legitimidad democrática del proceso en sí, sino, sobre todo, de si el resultado es una constitución que funciona, que proporciona estabilidad política, es inclusiva, etc. Desde este último punto de vista, lo sucedido en Islandia nos indica, es que a pesar del interés académico que ha suscitado el proceso constituyente, la nueva Constitución no fue aprobada porque el órgano que la elaboró actuó al margen de las instituciones representativas, que llegó al enfrentamiento con el cambio de mayoría en el parlamento. En cambio, en Irlanda sí que salieron adelante los procesos de reforma que se emprendieron. El diseño participativo que se prevé se armoniza con la intervención del parlamento, y del conjunto del pueblo en el referéndum final.

Como ha señalado Martina Trettel (*La democrazia partecipativa negli ordinamenti composti: studio di diritto comparato sull'incidenza della tradizione giuridica nelle democratic innovations,* Edizioni Scientifiche Italiane, 2020), cuando se refiere al ámbito de decisión constitucional, dice que hay un riesgo de "banalizar" la participación. Ello sucede cuando con ella no se reduce el *gap* entre ciudadanía y representantes. ¿Cómo evitar

que la participación se vuelva vana? Como se ha indicado, la participación popular complementa la del parlamento y no se realiza al margen del mismo. De este modo, va a servir para generar una mayor deliberación, ampliando el consenso y una mayor inclusión política en la decisión constituyente. La trazabilidad citada antes va a implicar que se pueda verificar si el parlamento ha escuchado o no a los ciudadanos y grupos, no que siga sin más sus propuestas.

5. A modo de conclusión

Si tuviera que resumir en dos ideas todo lo que se ha dicho, serían las siguientes: En primer lugar, todo proceso constituyente tiene lugar en tiempos extraordinarios, en situaciones de crisis grave del orden que sean. En tales contextos, se hace necesario combinar cautela ante el cambio constitucional (por lo que primera opción es la reforma, en la medida que aporte estabilidad política a la crisis) y búsqueda de mayor legitimidad para la nueva constitución y para el proceso constituyente, que se va a conseguir cuando se observen determinados principios y criterios.

Por último, en tal proceso constituyente, rigen también los principios de la democracia constitucional, los cuales no solo se aplican una vez que ha sido aprobada ya la constitución. Eso significa respeto a las reglas jurídicas que rigen el proceso, así como la previsión de unas reglas que permitan una verdadera deliberación transparente, que integren la pluralidad política de la asamblea y del país, y que exijan amplias mayorías para su aprobación, así como la consulta a la sociedad civil. De este modo, la nueva constitución será el resultado de la aprobación por un consenso amplio, y permitirá regir los destinos de una comunidad política en concordia durante un largo periodo de tiempo.

Derechos Fundamentales y Derechos Humanos en la Constitución [12]

FERNANDO SIMÓN YARZA[13]

Estoy muy agradecido de poder participar en este seminario en un momento tan crucial para Chile. He seguido de lejos estas cuestiones desde España. Además, he tenido la suerte de estar en Chile un par de veces, pero antes de que ocurriese todo esto. He seguido por los medios de comunicación las protestas que dieron lugar después a la convocatoria del plebiscito, que se ha aplazado para octubre. Lo he seguido, en parte, con bastante pena por el cariño que tengo a Chile, pena por todo lo que está ocurriendo y también pena por ver cómo, a veces, se ha tratado con una injusticia tremenda, en mi opinión, el legado de personas de enorme valía y de una talla humana excepcional que participaron en la redacción de la Constitución chilena. A algunas de las cuales les tengo un inmenso afecto, porque son personas que han dado su vida por Chile y por la libertad en Chile.

---

[12] Exposición realizada el 7 de agosto de 2020.

[13] Licenciado en Derecho por la Universidad de Navarra con Premio Extraordinario, desde junio de 2010 es doctor en Derecho con la mención de Doctor Europeo.

Dicho esto, voy a ir al tema, que son derechos fundamentales y derechos humanos en la constitución, el papel que han tenido y que tienen hoy en día en el constitucionalismo. Los derechos fundamentales son una parte central de las constituciones. Se puede hablar, en muchos sentidos, de constitucionalismo. En cierto modo, la constitución ha existido siempre, en un sentido material, la estructura de un Estado, la constitución de un Estado. En el sentido de la limitación del poder, se puede hablar ya que tiene antecedentes medievales, por supuesto. El constitucionalismo moderno surge, sin embargo, de las revoluciones liberales de los siglos XVI, finales del XVII y XVIII. Se puede poner el origen en la Revolución Gloriosa de Inglaterra, a finales del XVII, cuando se escribe el *Bill of rights* (1689) y cuando escribe John Locke sus famosos ensayos sobre el gobierno civil, especialmente, el segundo. Quizá el momento central conocidísimo son las revoluciones francesa y americana del siglo XVIII.

En todos estos casos, las revoluciones liberales, el constitucionalismo, ha estado siempre asociado a la idea de derechos individuales, de derechos fundamentales, de libertades básicas de la persona. Las denominaciones varían en función de contextos lingüísticos, en función de cuestiones técnicas, pero la idea de fondo es la misma: son unos derechos básicos del individuo, esenciales y que el Estado debe respetar para garantizar su dignidad, para asegurar que debe respetar en virtud de la dignidad de ese individuo, de esas personas. Es algo que está en la génesis del constitucionalismo, de hecho el artículo 16 de la famosa *Declaración francesa de derechos del hombre y el ciudadano,* dice que un Estado que no tenga los poderes divididos, donde la constitución y los poderes no estén separados, donde los derechos no estén garantizados, pues no tiene constitución. Por tanto, los derechos son muy importantes. En Estados Unidos, cuando se aprobó la constitución, inicialmente no contenía un *Bill of rights,* éste se incorporó poco después como reivindicación frente a la federación de algunos estados reticentes a

firmar la constitución. La propia limitación del poder está al servicio de los derechos de la persona, esa era una de las cosas que decía James Madison: todo el sistema constitucional, en el fondo, está al servicio de la protección de los derechos individuales. Entonces, los derechos ocupan un lugar central.

Los derechos más importantes son los más tradicionales, son los que la tradición liberal, valga la redundancia, ha llamado "derechos civiles" o "derechos de libertad" y están reconocidos en las principales constituciones. Todas las principales cartas de derechos fundamentales de la tradición occidental incorporan una serie de derechos civiles que son el núcleo de los derechos y que han de ser protegidos por los tribunales, incluso, frente al legislador. Se incluyen la libertad de expresión, la libertad religiosa, entre estos derechos más clásicos, el derecho a la vida, el derecho de propiedad, las garantías del domicilio, la inviolabilidad del domicilio frente a intromisiones ilegítimas, las garantías penales del reo, el derecho a la protección judicial de los derechos e intereses de las personas, la igualdad ante la ley, etc. Estos derechos están reconocidos en las principales constituciones y también en la chilena.

Quiero empezar con un poco de historia para que se vea cómo ha ido evolucionando el discurso de los derechos y luego hablaré de los problemas actuales. Ahora bien, en el siglo XIX el legislador no se contemplaba como la principal amenaza de los derechos, especialmente en el continente europeo. El legislador es propiamente el protector de los derechos frente al antiguo régimen o al gobierno del rey. Se entiende que el legislador es garantía de la protección de los derechos, a la voluntad general no se le ve como un enemigo de los derechos. Para el legislador en Estados Unidos, la justicia es distinta, pues se temió la tiranía de la mayoría desde el comienzo y rápidamente se instauró lo que los constitucionalistas llamamos la *"judicial review of legislation"* (la revisión judicial de las leyes). Se suele citar Marbury versus Madison, en el año 1803, como la primera

sentencia que reconoce el control de la constitucionalidad de las leyes, de la acción del legislador. En cualquier caso, el control del legislador, desde el catálogo de derechos, tampoco tuvo mucha relevancia en Estados Unidos en sí, entre otras cosas porque el catálogo de derechos norteamericano vinculaba a la federación, pero no vinculaba a los estados. Y muchas de las competencias más importantes estaban en manos de los estados.

La expansión del control judicial de las leyes basándose en los derechos va a tener lugar sobre todo en el siglo XX. En Europa, después de los horrores de la Segunda Guerra Mundial y después de los regímenes autoritarios. En algunos países, como en Alemania por ejemplo, se introdujo el control mediante un proceso específico de tutela de los derechos del ciudadano. En España, que salíamos de un régimen autoritario en 1970 —no totalitario, porque el franquismo no es un régimen totalitario sino que fue un régimen autoritario— se introdujo un recurso de amparo constitucional para la tutela de los derechos fundamentales, un recurso que, eventualmente, podría dar lugar, a través de un procedimiento, al control de la actividad del legislador. Los tribunales constitucionales se van a extender por Europa y después por el continente latinoamericano también para controlar la actividad del legislador. Uno de los ejes del control de la actividad del legislador va a ser el control basado, justamente, en los derechos fundamentales.

Así, los derechos fundamentales se van a convertir en el núcleo del orden jurídico y también en el núcleo del control de la actividad del legislador. En España a través del recurso de amparo que, como digo, se introducirá desde el comienzo, desde la década de los 80. Ello va a dar lugar a una jurisprudencia amplísima de derechos que van a ir desarrollando todas esas garantías a las que me he referido. En Europa los derechos más importantes, desde el punto vista de la tutela judicial, son los derechos civiles. ¿Qué ocurre con los derechos sociales con carácter general en España? Desde luego, en países de nuestro entorno, como en

Alemania, los derechos sociales, los llamados derechos prestacionales, los derechos a una vivienda digna o el derecho al medioambiente, cuestiones que son muy importantes, obviamente, son derechos que se van a considerar siempre como mandatos programáticos para que el legislador los desarrolle. Por tanto, es el legislador a quien le compete desarrollar el contenido de estos derechos. ¿Por qué? Porque se entiende que el juez no está en condiciones de desarrollar políticamente las exigencias que comportan esos principios, pues son más bien principios, que no quiere decir que no sean importantes, quiere decir que el órgano adecuado no es el juez. De ahí que el órgano adecuado para estructurar su modo de protección concreto son los órganos legislativos, mientras que la administración, el gobierno y el resto de los poderes públicos deben organizar cómo se articulan esos derechos sociales. Eso se viene entendiendo así desde hace mucho tiempo en nuestros países, aunque últimamente hay voces que van en contra de esto con argumentos, desde mi punto de vista, muy simplistas. Ahora, como es importante que estén garantizados judicialmente frente al legislador, lo que es una cuestión técnica, el juez no está preparado para garantizar su tutela, se requiere una dotación presupuestaria, un orden de prioridades y eso no compete al juez definirlo, sino que es el poder legislativo, el poder legitimado democráticamente el que debe definir cómo se estructura esa protección de los derechos sociales. Estos derechos, insisto, son muy importantes, pero su protección pasa por la concreción judicial de su significado.

Como he dicho, los derechos a lo largo del siglo XX han experimentado una expansión muy grande, merced a la acción de los tribunales. Después de la Segunda Guerra Mundial la conciencia de la importancia de los derechos se expandió por todo el mundo. Recientemente leía un artículo de Mary Ann Glendon, una profesora de Harvard, sobre esta cuestión, ella ha escrito un libro sobre Eleanore Roosevelt y su papel en la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, donde apunta que, después de la Segunda

Guerra Mundial se vió la importancia de poner los derechos en el centro, de asegurarlos y promoverlos en todo el mundo. Por lo cual, personas de culturas muy diversas se pusieron de acuerdo en aprobar la Declaración Universal de Derechos Humanos que ha servido de modelo para muchas cartas de derechos fundamentales posteriormente. Esa Declaración Universal de los Derechos Humanos se hizo con mucho cuidado, participaron personas de diversas culturas y todos ellos concebían los derechos como exigencias básicas de la dignidad humana, como bienes humanos básicos: la expresión, la sociabilidad humana, la vida, el derecho a asociarse. Son derechos muy tradicionales, pero muy esenciales que, posteriormente, se han desbordado. Y es que el discurso de los derechos hoy está absolutamente desbordado por la demagogia, por la reivindicación de caprichos, deseos, el uso de los derechos por parte del lobby para destruir instituciones como la familia, que ha sufrido mucho por el discurso de la ideología de género que apelan a los derechos para defender una ideología contraria a la ley natural.

Entonces, los derechos se reconocen, después de la Segunda Guerra Mundial. En muchos países, los tribunales empiezan a protegerlos, como he dicho, a los tribunales constitucionales. Se crean tribunales internacionales para su tutela, también el tribunal europeo de derechos humanos, el tribunal de Estrasburgo, la carta y el tribunal de Costa Rica, tribunales de ámbito regional, pero de ámbito internacional para proteger los derechos.

Durante algunos años, la jurisprudencia de derechos fue relativamente pacífica, fue aceptada por la mayoría de la sociedad, pero poco a poco se vió que los derechos eran también un arma extraordinariamente poderosa para hacer política. Precisamente, por su contenido muy evanescente, los derechos como bienes humanos básicos son los primeros principios del razonamiento moral. En la tradición clásica de la ley natural se definen los primeros principios del razonamiento moral como bienes humanos básicos, exigencias teleológicas, por así decirlo, de la

naturaleza humana. La amistad es buena, la sociabilidad es buena, la vida es buena, pero no tiene ningún contenido moral concreto. Ese es el problema que tienen los derechos humanos, que en su formulación abstracta no tienen un contenido. La sociabilidad es buena, la expresión es buena, pero ¿eso quiere decir que se puede insultar al vecino? No, eso no lo dice el derecho. hace falta una interpretación, una hermenéutica basada en la razón práctica. Solo entre personas razonables podemos ponernos de acuerdo sobre qué significan los derechos humanos y ponernos de acuerdo correctamente sobre su verdad misma.

Pero los derechos en su formulación abstracta no garantizan que estén bien protegidos los catálogos de derechos en su formulación abstracta dicen muy poco. Los derechos humanos, en cierto modo, son todo, porque cubren todo el ordenamiento, cualquier norma jurídica se puede reconducir a la protección de un bien humano básico y, en ese sentido, se puede reconducir a los derechos humanos. Incluso una norma de tráfico si empezamos a justificar que es lo que protege, llegaremos a un derecho humano, llegaremos a un bien humano básico. Todo el ordenamiento, en ese sentido, está al servicio de los derechos humanos, pero al mismo tiempo un catálogo de derechos humanos no es nada, es como un gran paraguas. Entonces, ¿de qué depende la adecuada protección de los derechos humanos? Pues de la sensatez de quien lo desarrolle, de quien lo interprete. Apelando a los derechos humanos se pueden defender auténticas aberraciones. Me gusta poner el ejemplo de una paleta de colores, con ella puedes pintar un cuadro magnífico, pero también puedes hacer cualquier aberración. Ese es el problema que plantea el discurso de los derechos humanos. Mientras estuvo basado en un *humus ético* compartido, en un sentido común racional compartido sobre la dignidad humana, sobre lo que los clásicos llaman la ley natural, no se planteaban grandes disputas, había un enorme consenso. Pero en el momento en que se empiezan a utilizar para defender ideologías espúreas, que van en contra

incluso de la ley natural o de la razón práctica, los derechos humanos empiezan a ser objeto de tensiones y objeto de discordia, que es lo que está ocurriendo hoy en día.

Este es un problema distinto al que me he referido cuando hablo de los derechos sociales, en cuanto que bienes básicos no hay discusión, en el sentido de que se reconocen la vivienda digna como un bien humano básico, el salario digno, el trabajo, etc. Sobre eso no hay discusión, pues se reconoce que son cosas muy buenas. El problema que se plantea con los derechos sociales es otro, es un problema técnico sobre cómo deben ser protegidos y si los tribunales están en condiciones de protegerlos con independencia de su desarrollo legislativo. Y aquí la tradición liberal clásica dice que no y me parece que con buen criterio. Apelar a su importancia, que la tienen y mucho, para defender su justiciabilidad inmediata es confundir las cosas.

Tras la Segunda Guerra Mundial hubo un acuerdo, se redactó ese catálogo de derechos, que es la *Declaración Universal de los Derechos Humanos,* donde coincidían personas de culturas diversas, y fueron capaces de ponerse de acuerdo porque compartían esa idea, esa ley natural que los chinos llaman el *tao,* esa especie de sentido común moral sobre la naturaleza humana. Se reconocieron los derechos en muchos países, se encargó a los tribunales su tutela, se crearon tribunales internacionales para su tutela. Y posteriormente, a partir de los años sesenta sobre todo, han empezado a venir las discusiones o las disputas sobre su contenido. Disputas de muy diverso tipo y se han vuelto muy problemáticos los derechos.

Me gustaría decir por qué. Yo creo que aquí ha jugado un papel muy grande lo que podríamos llamar "el relativismo moral". El relativismo moral ha tenido un efecto disolvente sobre la sociedad, sobre los lazos sociales, sobre ese humus ético compartido. El relativismo moral se ha venido defendiendo desde hace mucho tiempo, ya el positivismo de Kelsen lo defiende clarísimamente. Pero posteriormente, desde corrientes no

positivistas, sino podríamos decir liberales, se ha defendido también de maneras más o menos estrictas o más o menos fuertes, la irrelevancia del problema de la vida buena en la discusión pública, en el debate público. Estoy pensando, por ejemplo, en autores como Rawls o Dworkin que defienden la preterición del problema de qué es una vida buena para organizar la sociedad política y pretenden que se reduzca la organización de la sociedad política, que las cuestiones esenciales de la discusión política se resuelvan mediante la maximización de libertades. El problema que esto plantea es el choque de libertades, ¿cómo se resuelve el choque de libertades, las libertades y preferencias de unos y las libertades y preferencias de otros sin un criterio del bien y el mal, de lo que es una vida buena? Ese relativismo es muy problemático y está llevando a conflictos irresolubles.

Ese es el primer problema que yo veo. Los derechos se convierten en reivindicaciones de deseos, todo cuanto uno desea lo acaba reconduciendo al discurso de los derechos. He publicado un libro precisamente con ese título, *Entre el deseo y la razón: los derechos humanos en la encrucijada,* en el que defiendo esta idea con bastante vehemencia y dialogando también con estos autores. Los derechos se están convirtiendo en un mecanismo para reivindicar toda clase de deseos, para legitimar el deseo con independencia de que responda o no a un bien honesto inter subjetivamente aceptable. Ese es el relativismo. Eso que los clásicos llaman un *bonum honestum* inter subjetivamente aceptable. Los derechos se invocan para defender cualquier deseo y los conflictos de derechos se vuelven irresolubles o muy difíciles de resolver, se convierte su solución en un pulso de fuerzas. Por eso el lobby se hace presa de este discurso.

El relativismo moral ha tenido un papel muy importante también en la disolución del discurso de los derechos con esta exacerbación del discurso de derechos de la revolución sexual. La ha deshumanizado. La sexualidad se ha convertido en una cuestión de puro deseo y ha tenido efectos desastrosos para la familia. Y después ha llevado a que se reivindiquen

como deseos toda clase de pretensiones relacionadas con la líbido, con dar rienda suelta a los deseos sexuales que uno tiene, sean cuales sean, hasta el punto de que Dworkin defiende el derecho a la pornografía, por ejemplo. Pero, también se distorsiona el matrimonio como institución. Todo esto tiene consecuencias demoledoras para la sociedad. Yo creo que la familia es la constitución de una sociedad a un nivel casi más importante que la construcción política, porque es donde se educan, donde se recibe la primera educación. Es la más natural de las sociedades. De ahí que deshumanizar la sexualidad es negar su tecnología intrínseca, eso ha llevado a una exacerbación del discurso de los derechos para reivindicar cualquier tipo de deseo en relación con el sexo, lo que está teniendo consecuencias demoledoras, pues, está llevando, incluso, a defender los vientres de alquiler como derecho.

El vehículo que se ha utilizado, desde el punto de vista técnico, ha sido el del derecho a la privacidad. Se ha apelado a este derecho para defender como derecho cualquier cosa que yo considere muy importante y las cuestiones sexuales son puramente íntimas, cosa que no es verdad, porque desde el momento que el orden de la procreación está asociado a la sexualidad, aparte de lo íntimo, tiene unas consecuencias de enorme relevancia pública. Claro que hay un espacio de intimidad, pero en general no quiere decir que el Estado sea indiferente a la sexualidad, que es lo que se ha defendido primero.

Los derechos se defienden con un lenguaje asertivo, sin entrar demasiado en razonamientos elaborados. El lobby ha hecho presa del discurso de los derechos. Todo esto es como consecuencia del abandono de la ley natural, unido a la revolución sexual y como catalizador la revolución tecnológica que ha expandido y acelerado muchos de los procesos relativos a la expansión de la liberación de la libido y del deseo, recurriendo al discurso de los derechos. Este es el problema sustantivo: desgajar los derechos de un discurso moral más profundo con respecto a la idea clásica, lo que

podemos llamar la objetividad del mundo del valor o el *tao*. La objetividad del valor es, como lo llama C.S. Lewis, en un famoso ensayo *The abolition of men*. Defender el relativismo, disolver la objetividad moral y después emplear los derechos como vehículo para reivindicar cualquier clase de deseos es el problema sustantivo.

Pero luego hay otros problemas institucionales. Un problema institucional ha sido el del gobierno de los jueces. La expansión de los derechos, muchas veces, se ha llevado a cabo a través de los tribunales, sin respetar los procesos democráticos, la legitimidad democrática. Se han impuesto, por así decirlo, ideologías políticas que laten detrás de la visión liberal relativista de los derechos, se ha impuesto en buena medida a través de los tribunales, prescindiendo de la discusión democrática. Ironías de la vida, lo han hecho, muchas veces, personas que luego están apelando, precisamente, a la democracia y a la falta de pedigrí democrático de las constituciones y luego hacen tabla rasa a través de un tribunal. Lo cual es muy llamativo.

En Estados Unidos toda esta revolución se ha llevado a cabo prescindiendo muchas veces del texto constitucional, a través de una decisión judicial que se ampara en un derecho que no tiene un nombre en la constitución. El derecho a la privacidad fue creado en Griswold vs Connecticut, apelando a las penumbras formadas por emanaciones del catálogo de derechos. ¿Qué significa eso? Sin respetar los textos, muchas veces. En el reconocimiento del derecho al aborto, por ejemplo, en muchos países se ha ignorado la propia *Declaración Universal de Derechos Humanos,* que dice que todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 6). Claro, podemos cambiar el significado de las palabras y decir que no es un ser humano el no-nacido, lo que desde el punto de vista biológico es absolutamente insostenible. En nombre de los derechos humanos y a través de tribunales internacionales, muchas veces, se ha llevado a cabo este ataque a la dignidad humana. A través de tribunales de derechos humanos se ha ido en contra del significado genui-

no de los derechos, lo cual plantea un problema adicional al problema de la falta de democracia, que es la agresión a la soberanía.

Esto es de los problemas actuales más graves en relación con el discurso de los derechos. Obviamente esto no significa que el discurso de los derechos en sí mismo sea malo, al revés, los derechos fundamentales son muy importantes, pero en su sentido genuino y auténtico, en ese significado compartido que remite a un *humus* compartido, un *humus ético* compartido, y en lo que hay discusiones, en lo que divide a la sociedad, no hay que recurrir a los derechos humanos sino a los procedimientos democráticos, ya por una cuestión de decencia democrática. Muchas veces quienes más presumen de decencia democrática han usado a los tribunales para anular al adversario político.

Ahora, un último problema que plantea el discurso de los derechos es que los enfoques maximalistas, expansionistas y que identifican cualquier clase de deseo con los derechos se vuelven dialécticos, acaban no reconociendo los derechos de la conciencia de quienes disienten. Esto es lo que llamamos la dialéctica de la tolerancia liberal. Se acaba pisoteando la conciencia de quienes disienten, porque en nombre de los derechos se empieza defendiendo una cuestión como una libertad y después se exige que todos reconozcan las bondades del ejercicio de esa libertad, de ese derecho, aunque no se comparta, se defiende como una libertad primero y a continuación se busca un reconocimiento que exige al otro algo más que respetar la propia libertad, le exige estar de acuerdo conmigo. En el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo se ha visto de un modo muy claro. No sólo se exige que se respete el derecho a casarse, sino que además tenemos que estar de acuerdo, se exige aquiescencia, lo cual va en contra de la libertad de conciencia, no se permite disentir. Esa es la dialéctica de la tolerancia liberal, lo que llamo "la dialéctica de la tolerancia liberal" y me parece gravísimo porque pone en riesgo la democracia misma y nuestra sociedad liberal.

Muchas gracias.

¿Presidencialismo o semipresidencialismo? [14]

GONZALO CANDIA FALCÓN [15]

De verdad agradezco que me hubiesen invitado a hablar hoy respecto a la discusión constitucional en relación con el régimen de gobierno.

Para entrar inmediatamente en materia y contextualizar un poquito, hay que señalar que, como muchos de los que nos están escuchando saben, en los últimos años se ha venido discutiendo con fuerza acerca del régimen de gobierno existente en Chile. Tradicionalmente, Chile ha sido un país presidencialista con un intervalo parlamentario. En general, el presidencialismo a lo largo de nuestra historia no ha sido tan cuestionado. Hubo cuestionamiento, el grupo de los 24 durante los años ochenta, pero en general parecía que existía una suerte de consenso generalizado a nivel político de que el mejor régimen de gobierno para Chile era el presidencialista. Sin embargo, esto ha ido cambiando con el

[14] Exposición realizada el 28 de agosto de 2020.

[15] Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas (SJD) por la Universidad de Georgetown (EE.UU.), Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile.

tiempo. En los últimos años se ha venido dando la discusión acerca de si es necesario, quizás, repensar el régimen de gobierno en Chile y repensarlo con un propósito de despresidencializarlo, de alguna manera bajar la intensidad de lo que se concibe como una suerte de hiperpresidencialismo. Ahora, esta discusión, obviamente, ha cobrado mayor fuerza en los últimos dos años a propósito del proceso constituyente.

Entonces, antes de entrar al objeto mismo de esta discusión, quisiera plantear una suerte de supuesto que es que, en general, para que proceda un cambio de régimen de gobierno, para que éste se justifique, la carga de la prueba recae sobre aquellos que quieren, precisamente, su cambio. El presidencialismo ha sido el modelo de gobierno propio de Chile durante mucho tiempo, entonces, evidentemente, quienes promueven su cambio son quienes tienen el peso de la prueba en esta materia. Yo creo que lo que deben demostrar quienes promueven este cambio es que el régimen que proponen, cualquiera que sea, va a funcionar de manera más eficaz que el que tenemos hoy, es decir, que va a crear un estado mejor de las cosas. Ahora, un régimen de gobierno exitoso y, este es un segundo presupuesto, tiene que ver no solo con un tema de diseño institucional. Es decir, un régimen de gobierno exitoso no se funda únicamente en lo perfecto que puedan ser sus disposiciones o lo correcto de su diseño en términos abstractos. Un régimen de gobierno es exitoso cuando también responde a la cultura y a las prácticas de la política nacional. Por un lado, un presupuesto importante que tenemos que tener en cuenta en esta discusión es esto de que, si yo quiero promover un cambio del régimen de gobierno, tengo que demostrar que ese régimen que propongo funciona de mejor manera que el que tenemos hoy. Y, en segundo lugar, que ese régimen que propongo tiene algún grado de continuidad o de relación con la práctica política o constitucional del país. Ahora, si el modelo que yo propongo no es capaz de superar los problemas que tenemos hoy o bien los duplica

o bien crea más problemas, quizás sea mejor quedarnos con el sistema que tenemos y perfeccionar lo que tenemos.

Entonces, creo que es necesario hablar un poco acerca de en qué consiste el presidencialismo propiamente tal y en qué consiste el semi-presidencialismo.

El régimen presidencialista, en términos generales, se define por tres rasgos bien específicos. Primero, el Ejecutivo está encabezado por un presidente de la república, un presidente electo popularmente, que actúa como jefe del poder Ejecutivo. Segundo, el período durante el cual ejerce esa autoridad está fijado en la constitución y, por tanto, su autoridad se ejerce durante un periodo fijo, al igual que la autoridad, por ejemplo, del órgano que ejerce el poder Legislativo. De esa forma, el presidente no está sujeto a la confianza que le pueda manifestar o no el órgano Legislativo que, en este caso, vamos a denominarlo en términos técnicos "asambleas". Pero tampoco la asamblea depende de si le tiene o no confianza el presidente. No dependen de la confianza mutua. Tercero, el presidente nombra y dirige el gabinete y tiene cierta autoridad que, además, le otorga la constitución. Estos son los tres elementos del presidencialismo: primero, el Ejecutivo está encabezado por un presidente electo popularmente y que funciona como jefe del Ejecutivo; segundo, el período durante el cual ejerce su autoridad está establecido en la constitución y, por lo tanto, no depende de la confianza del órgano Legislativo o asamblea; y tercero, el presidente designa y destituye, de acuerdo a su parecer, a los miembros de su gabinete.

Bajo esta perspectiva, uno puede decir, en primer lugar, que el gabinete en un régimen presidencialista deriva de la autoridad del presidente y no del congreso. En otras palabras, el gabinete es un agente del presidente, quien tiene el poder, como señalábamos, de nombrar y destituir a los ministros del gabinete a nombre del electorado. También se supone que el presidente en un régimen presidencialista está dotado

de un grado de legitimidad democrática, porque es elegido, no en relación con espacios territoriales, sino que es elegido por la totalidad del electorado. En segundo lugar, en cuanto al proceso legislativo para cambiar las políticas y la legislación, las constituciones de cuño presidencialista exigen algún grado de negociación entre el presidente, que es la cabeza del Ejecutivo, y el órgano Legislativo, que estamos llamando en términos técnicos "asamblea". Aquí hay una distribución de poderes. El presidente suele tener ciertos poderes de carácter legislativo que le permiten impulsar su agenda, pero también la asamblea, en el caso chileno el Congreso Nacional, dispone de atribuciones también específicas en materia legislativa y, desde esa perspectiva, la promoción de la agenda legislativa requiere de alguna suerte de negociación entre el presidente y el congreso. Y el gabinete requiere únicamente para mantenerse de la confianza del presidente. Por lo tanto, no responde políticamente, en principio, ante las cámaras, ante el órgano legislativo.

Ahora, ¿cuál es el principal problema que se predica respecto del presidencialismo? Lo explica bastante bien el profesor español Juan José Linz, quien en los ochenta escribió un texto donde describe cuáles son los problemas del presidencialismo y en particular del presidencialismo latinoamericano. El problema está centrado en la negociación que debe existir entre el presidente y el órgano legislativo para la promoción de la agenda legislativa del Ejecutivo. El sistema funciona bien cuando el presidente impulsa una determinada agenda legislativa que, de alguna manera, cuenta con la mayoría en las cámaras. Entonces el presidente tiene una mayoría que le permite en el congreso promover su agenda. En ese contexto el presidencialismo funciona. El problema es cuando el presidente no tiene la mayoría en las cámaras y en ese caso se da lo que Linz llamaba el "gobierno dividido", que ocurre cuando fuerzas políticas rivales controlan, por un lado, la presidencia y, por otro lado, el órgano Legislativo o asamblea. En un contexto así, en que

una tendencia política controla la presidencia y otra controla el órgano Legislativo, es muy posible que ambos bandos usen los poderes que tienen para frustrar las iniciativas del otro, sin ser capaces de presentar una agenda constructiva propia. Producto de ello, se genera una suerte de "parálisis política", porque el presidente no puede gobernar, en el entendido que no puede promover, en los hechos, su agenda legislativa, su agenda política, debido al obstruccionismo por parte de la mayoría de la oposición en el congreso. Y, en este contexto, se genera una suerte de parálisis porque ni el presidente gobierna, ni el congreso dispone de las atribuciones para orientar la acción política del país y tampoco puede ejercer mayor autoridad. Como resultado, se produce una suerte de juego de suma cero que termina en una parálisis y que, a su vez, suele generar situaciones de crisis política muchas veces no resueltas. Por tanto, este es el principal problema del régimen presidencialista, por lo menos en el ámbito de la teoría política.

En segundo lugar, tenemos estos modelos semipresidencialistas. Uno podría decir, en términos históricos, que el primer modelo que se asemejó al semipresidencialismo fue el de la Constitución de Weimar en Alemania. Después de la Primera Guerra Mundial, esta constitución trató de implementar un sistema, en un principio, de carácter parlamentario, porque querían evitar los abusos asambleístas que habían apreciado, por ejemplo, en el contexto de la tercera república francesa. Entonces, para templar el sistema parlamentario, lo que hicieron fue establecer la figura de un presidente elegido popularmente y que disponía de un conjunto de atribuciones para limitar la actuación del parlamento. Sin embargo, el principal modelo de régimen semipresidencialista surge después de la Segunda Guerra Mundial en Francia, con la Constitución de la Quinta República en 1958. En líneas generales, pese a que el modelo francés es más asumido como modelo presidencialista, este es una variable dentro de los modelos del semipresidencialismo, pues no

existe un solo modelo semipresidencialista, sino que hay distintas variables, como lo vamos a ver a continuación. Por tanto, en este contexto, aunque el modelo francés es quizá el más conocido, no es el único.

Ahora, tratándose del régimen de gobierno semipresidencialista, uno puede señalar que la característica es que, al igual como ocurre con el presidencialismo, los votantes están representados por dos agentes: en primer lugar, el presidente y, en segundo lugar, la asamblea. Desde esta perspectiva, semipresidencialismo y presidencialismo son idénticos. Sin embargo, a diferencia del presidencialismo, en las constituciones semipresidencialistas se exige que estos dos representantes del electorado, esto es el presidente y la asamblea, negocien, principalmente respecto de la composición del gobierno y también, con frecuencia, los modelos semipresidencialistas exigen que esta negociación se extienda hacia la promoción de la agenda legislativa. Mientras que en las democracias presidencialistas el presidente tiene que negociar con el congreso únicamente respecto de la promoción de su agenda legislativa, tratándose de los régimen semipresidencialistas esta negociación no solo incluye lo anterior, sino también incluye la formación del gobierno.

¿Qué significa esto en la práctica en cuanto al gabinete y el gobierno? En régimenes semipresidencialistas, el presidente y la asamblea deben negociar la constitución del gobierno, que es dirigido por un primer ministro o premier. ¿Por qué deben negociar quién va a ser el primer ministro que, en la práctica, va a operar como jefe de gobierno? Porque la supervivencia de ese gobierno va a depender, por un lado, de la confianza que va a depositar en él la asamblea u órgano Legislativo y, por otro lado, en los regímenes semipresidencialistas varía cuáles son las atribuciones que tiene el presidente en relación con la formación o bien la terminación de un gobierno. Esto es variable, aunque, en líneas generales, la formación del gobierno y la designación del jefe de gobierno, en este caso un primer ministro o premier, quien va a conducir la acción política, en

el fondo requiere de un proceso de negociación entre el presidente, que es elegido popularmente y la asamblea u órgano Legislativo. Por lo tanto, en regímenes semipresidencialistas siempre el Ejecutivo tiene un carácter dual, porque el ejercicio del poder Ejecutivo se divide en dos órganos, por un lado, el presidente que actúa como el jefe de Estado y, por otro lado, un primer ministro o premier que hace las veces de jefe de gobierno. Por eso se habla de la existencia de un Ejecutivo dual. Tal como señalaba anteriormente, los poderes presidenciales acerca de la formación y la supervivencia de un gobierno van a variar mucho. Por ejemplo, existen regímenes semipresidencialistas en los que el presidente únicamente tiene la facultad de vetar la designación de un primer ministro (por ejemplo, la Constitución búlgara) o bien existen casos en los que el presidente puede designar al primer ministro, pero requiere ser ratificada por parte de la asamblea u órgano Legislativo (el caso francés). Ahora bien, también existen situaciones excepcionales en las que el presidente puede nombrar al primer ministro sin necesidad de que este sea ratificado por la asamblea. Por eso el régimen semipresidencialista es un poco complejo porque presenta distintas variables. Pero cualesquiera que sean estas variables, la designación del jefe de gobierno va a requerir de un proceso de negociación entre el presidente y la asamblea, porque en la mayoría de los casos la permanencia del primer ministro en su cargo va a depender de que tenga la confianza política de la asamblea u órgano Legislativo y, en algunos casos, también va a requerir de la confianza del presidente. Entonces, de alguna manera, es complejo ser primer ministro porque debe tener contento al presidente, porque participa del Ejecutivo, pero también debe tener contento a la asamblea, al órgano Legislativo, porque si no lo pueden censurar y cae todo el gobierno. Entonces, su posición no es fácil.

Ahora, con respecto a la destitución del gobierno, en un régimen semipresidencialista, también varía. Existen países en los cuales el poder

de destituir el gobierno se le concede a una asamblea que el presidente no puede disolver durante su periodo, como es el caso de algunos países de la ex órbita soviética. Asimismo, existen otros modelos en que la facultad de destituir al primer ministro se entrega a una asamblea que puede ser disuelta por el presidente, bajo ciertas limitaciones durante su periodo, como el caso francés. Existe un caso en que el presidente puede destituir al primer ministro sin tener que consultarlo con la asamblea, como es el caso de Rusia, que tiene un sistema semipresidencial en el cual el presidente tiene mucho poder. Sin embargo, en la mayor parte de los regímenes semipresidencialistas, la asamblea juega un rol dominante al momento de definir si continúa ejerciendo su autoridad el jefe de gobierno, en este caso el primer ministro.

Así, puesto que en todas las constituciones semipresidencialistas se exige una suerte de negociación entre el presidente y la asamblea para la designación del jefe del gobierno, la compatibilidad partidaria del presidente, por un lado, y del gobierno, por otro, no está garantizada en un régimen semipresidencialista. Puede ser que producto de esta negociación, por ejemplo, la asamblea termine por imponer un primer ministro al presidente y puede que ese primer ministro no sea de la misma visión política que el presidente. De esta manera, un presidente de una cierta visión política puede enfrentar un gobierno y un parlamento controlado por la oposición. Esto es lo que se denomina el fenómeno de la cohabitación, que implica que el signo político del presidente y del jefe de gobierno es un signo distinto. El primer caso de cohabitación se dio en Francia, durante la segunda mitad de los años ochenta, donde un presidente socialista como François Mitterrand tuvo que ejercer el poder mientras su gobierno era dirigido por un primer ministro, en este caso Jacques Chirac, de signo político opuesto. Entonces, existe esa posibilidad de cohabitación en que el signo político del presidente es distinto de quien ejerce el gobierno. Por otra parte, en cuanto al proceso

legislativo, un régimen semipresidencialista puede ofrecer el control de la agenda legislativa al gobierno o bien puede ser que ofrezca algún grado de control al presidente, en esto también hay variaciones.

Para recapitular, podemos señalar, que el régimen presidencialista se caracteriza por tener un Ejecutivo indiviso, que es dirigido por una autoridad, que es jefe del Estado y al mismo tiempo jefe de gobierno, siendo elegido popularmente, en este caso, el presidente. El gabinete presidencial responde únicamente, en términos políticos, ante el presidente y, por lo tanto, no responde, políticamente, ante el órgano Legislativo. Sin embargo, para que el presidente pueda sacar adelante su agenda legislativa va a tener que negociar con el Congreso, porque el Congreso tiene atribuciones en el ámbito legislativo también. Tratándose del régimen semipresidencialista, el Ejecutivo es dual, porque se divide el ejercicio del poder entre un jefe de estado, que es el presidente, y un jefe de gobierno, que es el primer ministro. La designación del primer ministro, que es el jefe del gobierno, así como su gabinete, en términos generales, requiere de una suerte de negociación entre el presidente, quien es popularmente electo, y el órgano Legislativo o asamblea. Particularmente, cuando la mayoría política al interior del órgano Legislativo es distinta de aquella que representa el presidente se va a requerir una negociación, porque el primer ministro está sujeto, en su mayoría, a la confianza de la asamblea. Por lo tanto, el presidente no puede llegar y designar al primer ministro que le parezca, porque sino puede ser que la asamblea haga caer a ese primer ministro y a todo su gabinete. De ahí que el régimen semipresidencialista requiere algún grado de negociación entre las fuerzas políticas, supone que el presidente pueda conversar con la mayoría opositora o con el órgano Legislativo, que existan canales abiertos donde ambos son receptivos a las necesidades e intereses del otro.

Ahora, después de haber descrito, de forma muy rápida, los elementos esenciales de ambos regímenes de gobierno, corresponde preguntarse si

el semipresidencialismo representa la solución a los problemas que hoy enfrenta el presidencialismo chileno. Si en verdad el régimen semipresidencialista se plantea como una posibilidad real de superar los problemas que hoy tiene el régimen presidencialista entonces podríamos llegar a pensar en un cambio de régimen. Esto nos hace volver a pensar ¿cuál es el principal problema del presidencialismo? Algunos autores de teoría política clásica, como Lynz o Sartori, indican que el principal problema del presidencialismo, en particular, en su variable latinoamericana, tiene que ver con lo que se denomina "gobiernos divididos", esto es que el presidente no tiene la mayoría en el Congreso para sacar adelante su agenda legislativa y su agenda política. El presidente no puede promover su agenda en áreas donde la promoción de esta requiere necesariamente de una aprobación por parte del Congreso. Pero, cuando el Congreso le dice que no al presidente, tampoco dispone de las funciones constitucionales para poder manejar la agenda política. Entonces se genera un juego de suma cero, donde el presidente no puede sacar adelante su agenda política porque carece de mayoría en el Congreso, pero el Congreso tampoco porque no dispone de las atribuciones que tiene el presidente. En el presidencialismo latinoamericano y en particular en el chileno, sobre todo en las últimas décadas, esto ha generado, en la práctica, una suerte de "parálisis política", es decir, se genera una crisis que no tiene mecanismos para resolverse ni ponerle término. Por lo tanto, esta parálisis se mantiene a lo largo del tiempo y ese es el principal problema que aqueja al presidencialismo en relación con su funcionamiento.

En el caso chileno, en sus últimos gobiernos, en los que ha existido esta suerte de división entre el presidente y el Congreso, efectivamente ha costado mucho que el presidente pueda sacar adelante su agenda legislativa. Tratándose del caso chileno y del presidencialismo chileno, Sartori, quien es un autor clásico de la teoría política, señala que la solución al problema de la parálisis que se crea con la existencia de una

suerte de "gobierno dividido", para usar la expresión de Juan Linz, es la adopción de un modelo semipresidencialista, porque este modelo permitiría evitar la parálisis y resolver el conflicto. ¿De qué manera? Evidentemente, cuando existe una situación de crisis porque el presidente no puede sacar adelante sus iniciativas, el Congreso puede retirar su confianza respecto del jefe de gobierno, provocando su caída en términos estrictos, lo que obliga al presidente a negociar con la asamblea la designación de un nuevo jefe de gabinete, con lo que, de cierta forma, se supera la crisis. Otra alternativa es que el presidente, y esta es una atribución que existe en algunos regímenes semipresidencialistas, pueda disolver la cámara política y llamar a una nueva elección.

El régimen semipresidencialista exige para su funcionamiento de mucha negociación. No hay un régimen semipresidencialista que funcione, de manera adecuada, si no existe capacidad de diálogo y de negociación entre los actores políticos del sistema. Sartori escribía el año 1994, en su libro clásico sobre las ingenierías constitucionales, que Chile es uno de aquellos países de la región latinoamericana que puede pasar de un régimen presidencialista a uno semipresidencialista. ¿Cuál era la razón que argüía Sartori? La razón era que en Chile existía un régimen de partidos fuerte, con dos bloques, es decir, teníamos un sistema que no era fragmentado, sino con dos grandes bloques políticos y esto lo cito casi textual: esos dos bloque políticos "con un nivel de consenso similar a lo existente en el ámbito europeo". Entonces, el hecho de que tuviéramos un régimen de partidos mayoritario y que, de alguna manera, los dos grandes bloques, con líderes conocidos y claros, compartieran una serie de consensos importantes, permitía para Sartori que Chile evolucionara de un régimen presidencialista a uno semipresidencialista. Esa era la opinión de Sartori en 1994.

Entonces, la pregunta es si hoy, en el año 2020, las condiciones que pensó Sartori están todavía vigentes y permiten evolucionar hacia un

modelo semipresidencialista, es decir, si siguen siendo igualmente válidas. Y esta es una cuestión abierta a la discusión. Personalmente, creo que las condiciones no son las mismas. El cambio del régimen del sistema electoral permitió que al interior del órgano Legislativo, es decir, al interior del Congreso, se terminará con este régimen de dos grandes bloques políticos y que el sistema de partidos políticos comenzará a fragmentarse. De igual forma, uno nota que dentro de los partidos políticos, de los dos lados del espectro, hay poca disciplina interna por parte de sus parlamentarios y muchos de los consensos que existían en los noventa entre los dos bloques políticos que conducían el país, hoy tampoco existen. De hecho, muchos de esos consensos han sido sujetos a un fuerte cuestionamiento. Como todos hemos podido apreciarlo, ha habido, progresivamente, una suerte de pérdida de amistad cívica entre los bloques políticos, una pérdida de moderación en la perspectiva política que ambos grupos políticos tenían. Todo eso hace que los presupuestos descritos por Sartori en el 94, que hacían posible que Chile entrara a un régimen semipresidencialista, quizás ya no existan.

Ahora, ¿qué ocurre cuando en un régimen semipresidencial no existen estos presupuestos? Lo que ocurre es que el sistema tiende a replicar los mismos problemas de parálisis y de crisis que se dan en contextos presidencialistas. Como el régimen semipresidencialista supone necesariamente capacidad de negociación, consenso y mucha "muñeca política", grupos políticos definidos, no fragmentados, con una disciplina partidaria importante, cuando no existen estos supuestos puede ocurrir que la asamblea u órgano Legislativo termine utilizando sus atribuciones para impedir al jefe del Ejecutivo dirigir el país o bien puede fortalecer la posición del presidente en relación a la asamblea, cuestión que podría generar problemas de distinta naturaleza. Pero en lo que casi todos los autores concuerdan es que un régimen semipresidencialista en el cual participen partidos inestables, que se encuentran polariza-

dos, que existen de manera fragmentada al interior del congreso y que no tienen voluntad para conversar, para negociar, para sacar acuerdos, para el diálogo, no funciona. Al final, termina convirtiéndose en una suerte de sistema parlamentario de facto, manejado por una suerte de asambleísmo. En esa situación, dicen los autores, el remedio tiende a ser peor que la enfermedad.

Así las cosas, en el contexto político chileno actual no se aprecian aquellos presupuestos que han hecho exitoso al semipresidencialismo en otros países, como Francia por ejemplo. En Francia, a fines de los ochenta y comienzos de los noventa, aunque se tenía un presidente de la República que era socialista y un jefe de gobierno que era de derecha, ambos lograron negociar y llegar a acuerdos, orientando políticamente al país sin generar graves crisis. No por el diseño institucional mismo, sino porque existía esa capacidad de diálogo, de consenso y de moderación que permite al semipresidencialismo operar.

Con esto concluyo, muchas gracias.

Persona, familia y cuerpos intermedios[16]

LUIS ALEJANDRO SILVA IRARRÁZAVAL[17]

Muchas gracias por la invitación, aprovecho de saludar a todos quienes están siguiendo este ciclo de la Fundación, en particular, la exposición de hoy. Me pidieron que trataré sobre la persona, la familia y los grupos intermedios en el contexto de la discusión que está teniendo lugar en Chile hoy, en donde estamos debatiendo si cambiamos la Constitución que tenemos o no y en caso de que decidamos cambiarla, qué dejar y qué quitar. Para tratar este tema, es clave la persona, la familia y los grupos intermedios.

En el contexto de la discusión constitucional es importante, a mi juicio, entender la relevancia política que tienen estos tres conceptos, porque la constitución tiene el apellido "política": es la Constitución Política de la República. Por lo tanto, todo lo que entre allí, en la constitución, debe estar políticamente justificado. Todo lo que hay en una constitución

[16] Exposición realizada el 3 de septiembre de 2020.

[17] Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Magíster y Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes, además de William E. Simon Visiting Fellow in Religion and Public Life Visiting Fellow de la Universidad de Princeton, Estados Unidos.

está allí porque tiene una relevancia política. Por lo tanto, en los minutos que siguen lo que voy a hacer es tratar de mostrar la relevancia política que tienen los conceptos de persona, familia y grupos intermedios para que se entienda por qué deben estar en la Constitución y, desde esta explicación sobre la relevancia política de cada uno de los tres conceptos, quiero concluir qué es lo que debería haber en la Constitución. Es decir, no solo que en la Constitución deberían estar la persona, la familia y los grupos intermedios porque son realidades de relevancia política, sino qué implica, concretamente, la relevancia política de cada uno de estos tres conceptos en la Constitución.

Bien, lo primero es la persona. Aquí hay, claramente, en los tres elementos que estructuran la intervención de hoy una secuencia: personas, familia, grupos intermedios. Es como una escala, desde el individuo hacia las agrupaciones mayores, excluyendo el Estado, evidentemente, el Estado no cuenta como una agrupación intermedia, por lo menos en este contexto. Entonces, vamos por la persona y la gran pregunta que hay que resolver es ¿cómo vamos a entenderla? ¿Cómo vamos a entender a la persona desde la perspectiva de la política y desde la perspectiva del derecho? Que es la perspectiva que a nosotros nos interesa porque es el contexto en el que estamos conversando.

Simplificando mucho las cosas, cabe distinguir dos posiciones básicas acerca del significado político y jurídico de la persona. El primer significado podemos encontrarlo en la doctrina de Thomas Hobbes. Probablemente todos están familiarizados con una expresión que dice así "el hombre es un lobo para el hombre". Esta expresión, ignoro si es original de Thomas Hobbes, pero él la utiliza en su libro más conocido *El Leviatán* o *Tratados sobre la sociedad civil* y allí él entiende que la persona es un lobo para las demás personas. Cada individuo de la especie humana es como un lobo para sus congéneres, es decir, un sujeto peligroso, una amenaza siempre latente y que, a veces, se transforma en un peligro real. En la

concepción de Hobbes, en donde el hombre es un lobo para el hombre, la persona humana se entiende como un individuo que no necesita de los demás. Está, por decirlo de algún modo, completo al margen de los demás y si es que llega a constituirse en sociedad, lo hace simplemente por una razón de conveniencia, ya que es preferible estar asociado con los demás para evitar, de ese modo, el peligro que cada uno de los demás representa para mí.

La teoría de Hobbes es como una mitad de las explicaciones que se han dado acerca del significado político de la persona (el hombre está solo). La otra gran concepción para entender la persona política y jurídica podemos encontrarla en Aristóteles. Probablemente están también familiarizados con una expresión que dice que "el hombre es un animal social". Esta es una expresión que se encuentra en su libro *La política*. Allí, Aristóteles define al hombre como un ser que necesita de los demás para ser completo, para ser perfecto. De hecho, tiene una frase muy bonita que dice que "quien no necesita de los demás para vivir es una bestia o es un dios", pero no puede ser hombre, porque el hombre necesita de los demás para vivir, el hombre se perfecciona con los demás. Por lo tanto, la sociedad no es, en el caso de Aristóteles, una cuestión de conveniencia. No es que al hombre le convenga estar en sociedad, es que el hombre necesita vivir en sociedad, necesita de los demás. No es que le convengan los demás, sino que necesita de los demás.

Bien, estas son las dos posiciones básicas que conviene tener a la vista, porque estas dos concepciones están en conflicto hoy en nuestro debate. Han estado siempre en conflicto y se hacen presentes, una vez más, en el debate constitucional chileno. Quiero ilustrar brevemente el alcance que tiene el suscribir una u otra forma de entender a la persona. Para que puedan percibirse mejor las diferencias de adscribir a una u otra concepción. La sociedad se entiende de manera distinta según si usted adscribe a la concepción de Hobbes, en donde el hombre es un individuo

semejante a un lobo estepario, que es una amenaza para todos los demás y todos los demás son una amenaza para él. En una concepción como esa la sociedad es simplemente un instrumento de conveniencia. En cambio, en la concepción de Aristóteles la sociedad es una cuestión necesaria. No puede el hombre vivir al margen de la sociedad, sería una bestia o sería un dios. El concepto de ley también cambia según la concepción a la que se adscriba. En el caso de Hobbes, estoy simplificando mucho las cosas, pero la ley viene a ser una suerte de cadena que limita a este lobo que naturalmente goza de todos sus derechos en el máximo despliegue que le permiten sus posibilidades. En cambio, en Aristóteles, la ley es un instrumento que perfecciona al hombre, que le indica qué es lo que debe hacer para el mejor desarrollo de su naturaleza. No es una cadena, sino una escalera, podríamos decir. La libertad también tiene una forma distinta de ser entendida según una u otra concepción, porque en el caso de Hobbes, la libertad se entiende como ese páramo sin obstáculos en la que el lobo puede vagar sin limitación alguna. En cambio, la libertad en Aristóteles se entiende como un poder orientado hacia un fin. Y la autoridad, por último, también tiene una forma diferente de ser concebida. En esto se parece mucho a lo que hemos dicho sobre la ley, por lo que no me voy a repetir.

Esto tiene una proyección en la constitución muy concreta. Por ejemplo, ¿podemos decir que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad? La respuesta dependerá de la concepción de persona que tenga usted. Porque si usted entiende que la persona es naturalmente un individuo semejante a un lobo, la familia no es el núcleo fundamental de la sociedad, el núcleo fundamental de la sociedad es el individuo y no la familia. En cambio, en una concepción en la que el hombre es entendido como un ser sociable por naturaleza, la familia es el núcleo esencial de la sociedad, por ser ese espacio de convivencia indispensable para el desarrollo de la persona. Indispensable en el sentido más radical, o sea sin una

madre que lo nutra y sin un padre que traiga el alimento mientras la madre nutre al hijo, no hay manera de que el hijo se convierta en un adulto.

Otra proyección constitucional es la cuestión, por ejemplo, del control de constitucionalidad de la ley. Esto es, simplemente, para mostrarles con estos ejemplos que la discusión sobre la concepción de la persona tiene una incidencia directa en el diseño constitucional. El control de constitucionalidad de la ley, en el fondo, significa que el poder soberano que se manifiesta en el Congreso, en el poder Legislativo, tiene límites. ¿Y de dónde emanan esos límites? Esta pregunta creo que encuentra una respuesta mucho más coherente (no la voy a desarrollar aquí porque no es el tema), en la concepción del hombre como animal político, como animal social, que en una concepción del hombre como un lobo para el hombre.

La noción de bien común es otra consecuencia constitucional que encuentra su fuente en esta distinción sobre cómo entendemos la persona. Solo por poner este ejemplo, ¿en qué se fundamentan los deberes de la persona para con la sociedad? ¿Cómo se puede justificar que la noción de bien común suponga el sacrificio de alguien para realizarse? En una concepción como la de Aristóteles eso es perfectamente coherente y en una explicación al modo de Hobbes eso no es coherente. Y una última explicación es la autonomía de las agrupaciones intermedias, pero de eso voy a hablar un poquito más adelante.

Bien, espero con este apretado resumen haber echado por lo menos un barniz sobre el concepto de persona que muestre la relevancia política que tiene el modo como lo entendamos.

Pasemos a la familia ahora. Sobre el valor político de la familia. Simplemente me gustaría señalar algunas ideas que pueden ser útiles para la reflexión sobre el rol que cumple la familia en aspectos tan relevantes de la vida social como son la educación, la seguridad, la economía, la demografía y la igualdad. El número de elementos del bien común que podrían incluirse en este listado es mucho mayor, simplemente señalo algunos que creo que son fáciles de reconocer.

La familia es definitivamente la primera escuela de todos y, de hecho, uno de los dramas de quien no tiene familia es que careció de este espacio de educación básica. Se puede decir que la familia es la primera y seguramente la principal escuela de educación cívica en cualquier sociedad donde el sujeto aprende lo que significa ser ciudadano, aunque no lo conozca por ese nombre. Es en la familia donde, en primer lugar, aprende lo que significa ser ciudadano. Piensen en la seguridad, obviamente que estoy hablando de lo que entendemos que debería ser y que estadísticamente se ve corroborado, aunque haya muchos ejemplos que sirvan para objetar esto. Creo que nos entendemos cuando decimos que la familia constituye el espacio que garantiza la seguridad de los individuos que la integran, el modo como se cuidan unos a otros, como velan por su seguridad mutua. Y me extiendo a la salud, la casa, la familia es la primera clínica, ese es el consultorio más cercano que cada uno tiene. La aspirina la va a buscar a donde la mamá y el termómetro lo va a buscar donde la abuela. La familia provee de salud, provee de educación, provee de seguridad. La familia es una fuente de progreso económico de la nación, un padre o una madre que tienen que alimentar a sus niños encuentra en ellos la mejor razón para salir cada día a trabajar y son las necesidades de sus hijos, normalmente, el estímulo más importante para que una persona trate de progresar en su trabajo.

Por lo tanto, hay en la familia un motor, literalmente, de la economía. La demografía, un elemento sociopolítico, geopolítico fundamental, que hoy está muy descuidado. Y que probablemente en Chile nos daremos cuenta tarde de lo descuidado que estaba, pero que es fundamental para garantizar la soberanía. Estoy seguro de que nadie estará en desacuerdo con la significancia política que tiene el aumento o la disminución de la población de un país. Por todo lo que he dicho, la familia puede ser entendida como el núcleo fundamental de la sociedad, que es una expresión que está en la Constitución actual y esto es algo que no debiera

desaparecer de ninguna constitución que hagamos en Chile en el futuro, porque reconocer que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad es reconocer que la familia es el primer proveedor de salud, de seguridad, de educación y un motor para la economía.

Otra consecuencia constitucional que se sigue de esta relevancia política de la familia es el derecho preferente de los padres a la educación de sus hijos, una prerrogativa que hoy día está bajo fuego, porque hay quienes creen que este derecho preferente de los padres colisiona con un concepto que se llama la autonomía progresiva del niño. Y quienes abogan por esta autonomía progresiva quieren erradicar, si es posible, esta noción del derecho preferente de los padres a la educación de sus hijos. Bien, a mí me parece que esta es una prerrogativa de los padres que emana naturalmente de la familia, entendida como núcleo fundamental de la sociedad.

Por último, algo de las agrupaciones intermedias. ¿Cuál es el valor político de las agrupaciones intermedias? Quizás, el más relevante, es su función de límite al poder estatal. Las agrupaciones intermedias limitan el poder del Estado y para entender esto basta imaginar lo que sería la sociedad o, mejor dicho, lo que sería la relación del individuo con el Estado si no existieran colegios, universidades, centros de padres, clubes deportivos, empresas, fundaciones y así la enumeración puede seguir por largo rato. Cuando uno toma conciencia de la cantidad de agrupaciones que intermedian el poder del Estado y yo, el individuo, cada uno de nosotros. Se da cuenta de que entre ese poder soberano, por decirlo en sencillo, tiene el monopolio de la fuerza, y yo como individuo absolutamente vulnerable frente a ese poder, se interponen una serie de cuerpos, que son los cuerpos o agrupaciones intermedias, que actúan como un amortiguador de ese poder estatal, que me protegen frente a él. Si yo quisiera, como consumidor por ejemplo, reclamarle al Estado la forma en que provee de algún bien y voy yo solo frente al Estado a tratar de que

se me haga justicia, las chances de sacar algo en limpio son bajas. En cambio, si yo me agrupo en una sociedad, asociación de consumidores que representan a diez mil consumidores que han tenido el mismo problema con el proveedor que es el Estado y vamos a discutir con el Estado, entonces el problema para el Estado aumenta en un diez mil por ciento y, probablemente donde no nos escuchó a cada uno de nosotros de manera individual, sí nos escuche agrupados con otras personas. Esto vale para todo orden de cosas y eso es una función política, qué duda cabe.

Otra función política que cumplen las agrupaciones políticas puede reconocerse desde la perspectiva de la provisión de bienes públicos. Son agrupaciones intermedias las que proveen, no exclusivamente, de salud, educación, seguridad, entretención, conocimiento, etcétera. Podríamos seguir enumerando una serie de bienes públicos, bienes necesarios para la sociedad, que son provistos por agrupaciones intermedias y que cumplen, por tanto, una función política que se complementa con las tareas que cumple el Estado, porque el Estado no puede hacer esas tareas, sea porque no tiene capacidad o porque muchas veces lo hacen mejor las agrupaciones intermedias. El Estado, desde cierta perspectiva, por lo menos debiera agradecerlo. Esto es, claramente, también una función política de las agrupaciones intermedias tremendamente importante. Un ejemplo, especialmente claro, es el de los partidos políticos. A muchos pueden disgustarle los partidos políticos, pero no debe minimizarse la importancia que cumplen para relativizar el poder del Estado, para ecualizar o modular la lucha por el poder político. Son políticamente muy importantes los partidos políticos.

Esto tiene algunas condiciones que son importantes de señalar y que son la consecuencia constitucional de la relevancia política de las agrupaciones intermedias. Primero, es la autonomía de las agrupaciones intermedias, es decir, que puedan hacer lo necesario para cumplir con sus fines y que no se vean intervenidas por el Estado. Esto implica la libertad

de asociación, es decir, que podamos asociarnos para hacer lo que solo juntos podemos hacer. Después es necesario exigir que las agrupaciones intermedias gocen de autonomía sólo en la medida en que cumplan con sus fines específicos, que es una exigencia de la constitución actual, es decir, que una agrupación de personas que tiene como fin crear un club deportivo o promover a un equipo en la liga de fútbol, ese grupo de personas goza de autonomía en la medida en que cumpla con su fin y pierde ese derecho si empieza a hacer algo distinto a lo que justificó su creación, por ejemplo, que se dedique a los negocios o a la política.

Hay una zona gris respecto de las agrupaciones intermedia que es interesante discutir que son las áreas en las que estas agrupaciones de personas pueden desempeñarse. Hoy día en Chile, por ejemplo, está bajo la lupa la posibilidad de que las agrupaciones intermedias puedan proveer seguridad social. Hay gente que dice que la seguridad social, las pensiones, solo debiera proveerlas el Estado y no debieran existir las AFP, ni ninguna otra forma de satisfacción privada de esta necesidad. Hay otros que dicen lo mismo respecto de la salud, que debiera ser provista única y exclusivamente por el Estado, que no debería haber agrupaciones de privados proveyendo y satisfaciendo este bien público.

Bien, yo tengo ideas particulares sobre cada uno de estos puntos, pero no es el caso desarrollarlo acá. Me parece que debería permanecer abierta la discusión de si hay un espacio para los privados en la satisfacción de estos bienes u otros. Hay un espacio, sin embargo, donde creo que eso no debe discutirse y la defensa deberá ser muy decidida, que es en el ámbito de la educación. En el ámbito de la educación creo que no es admisible discutir la libertad de los particulares para agruparse y educar, esa no es una tarea que podamos prudentemente entregar al Estado de manera monopólica. En el caso de la salud y de las pensiones, creo que podría aceptarse en algún caso, pero en el caso de la educación no. En este aspecto me permito señalar un ejemplo que ilustra que lo

que estoy hablando no es pura teoría. Este ejemplo es la reforma que promovió el gobierno de Bachelet II en la educación superior, porque allí, simplificando mucho las cosas, y espero no estar haciendo injusticia al proyecto, allí una de las ideas claves era que el Estado entregaba a las universidades los recursos que necesitaba para enseñar. En eso consistía la gratuidad. Y yo recuerdo patente una entrevista en la que se decía que la reforma promovía la existencia de una relación directa entre el estudiante y el Estado, que a través de las universidades provee de este bien que se llama educación superior. Es decir, no son las universidades las que directamente se relacionarían con el estudiante, sino el Estado directamente con el estudiante, poniendo a disposición de ellos estos instrumentos de provisión de educación superior que son las universidades. Pero no habría libertad para las universidades, serían instrumentos del Estado que se relacionarían directamente con el individuo estudiante.

Voy a cerrar simplemente enumerando o resumiendo lo que yo creo que debiera conservarse, en cualquier caso, en una constitución en Chile respecto a la persona, la familia y los grupos intermedios. En el caso de la persona, yo me atrevería a sugerir que se explicite la vocación social de la persona humana, es decir, que la persona humana es un ser esencialmente social. Yo sugeriría explicitar eso en la Constitución. En la Constitución del 80 es, sin duda, una de las premisas teóricas que informan su texto. Pero en el debate actual yo creo que sería muy sano explicitar este punto. Respecto de la familia, yo conservaría, de todas maneras, la definición de la familia como núcleo esencial de la sociedad y conservaría también la garantía de los padres para educar a sus hijos, con un derecho preferente. Que hoy día está en la Constitución en el artículo 19, número 10, pero me atrevo a asegurar que hay gente que querría quitarlo, yo lo defendería porque me parece que es una consecuencia natural de entender la familia como el núcleo esencial de la sociedad. Y, por último, respecto de los grupos intermedios, yo mantendría, evidentemente, la libertad de asociación

que está en la Constitución actual. Además, conservaría la garantía de autonomía de las agrupaciones intermedias siempre y cuando cumplan con sus fines específicos y, por último, garantizaría la libertad de asociación en materia de educación, es decir, que los particulares, las personas puedan agruparse para educar, en cualquiera de los niveles de la educación.

Eso es lo que yo preparé, espero que hayan podido seguirme y que haya sido medianamente interesante.

Orden Público Económico [18]

JAIME ARANCIBIA MATTAR[19]

Agradezco la invitación de la Fundación Jaime Guzmán para exponer sobre este tema. El objetivo de esta presentación es simplemente familiarizarnos con los aspectos esenciales que debe considerar una constitución. Por tanto, en materia de orden público económico y, de alguna manera, de cara a la constitución chilena, ver cómo estamos. En la consideración de estos elementos, lo primero, a modo introductorio, es partir con un concepto de "orden público económico", porque la verdad es que hay varias definiciones. Quisiera introducir una que me parece bastante interesante por su brevedad y claridad. Pertenece a la Corte Europea de Justicia, al Tribunal de Luxemburgo, para el cual el "orden público" implica una amenaza real y suficientemente grave que afecte un interés fundamental de la sociedad.

---

[18] Exposición realizada el 2 de octubre de 2020.

[19] Abogado, Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile y Doctor en Derecho por la Universidad de Cambridge. Es Director del Departamento de Derecho Público de la Universidad de los Andes.

Pues bien, hay que considerar que, en el ámbito de las relaciones humanas, de carácter contractual o extracontractual, hay ciertas cosas que no están permitidas, porque el ejercicio de la libertad sin restricciones, en este caso, podría derivar en daños mayores para la paz social y para el interés social. En este sentido, me parece que el concepto de orden público se trata de intereses fundamentales de la sociedad y sabemos que está íntimamente unido a la idea de bien común.

El concepto de bien común, tal como está definido en la Constitución, es aceptable, pues, demuestra y enfatiza que es necesario resguardar no solamente el interés de cada uno, sino también el interés de todos. El bien común es asegurado cuando se protege el interés de todos y el interés de cada uno y, por lo tanto, no hay verdadero bien común cuando se procura el bien de todos, sacrificando el interés de cada uno, o cuando se procura resguardar el interés de cada uno en perjuicio del todo. Con esto ya introducimos una dialéctica, bueno, no es dialéctica en realidad porque ambos son elementos inescindibles, es más bien un binomio indisoluble del bien común: el interés social e individual.

Por tanto, a la hora de hablar de "orden público económico", nos referimos a aquellas restricciones que debe enfrentar el interés público a la hora de actuar en pos de ese interés. Pero también forman parte del orden público económico aquellas restricciones que debe enfrentar el interés privado al momento de ser satisfecho en sociedad. Por eso que sería reduccionista pensar que el orden público solamente existe para el resguardo de intereses públicos, así como pensar que el orden público existe exclusivamente para la protección de intereses privados. La verdad es que, si entendemos que este es un principio cardinal, relacionado con el concepto de bien común, entonces se trata de aquellas restricciones que tienen que servir a ambos principios, a ambos intereses: el interés de todos y el de cada uno.

Bien, quisiera insistir en esta idea porque me parece que es una definición que destaco de esta Constitución: cuando se habla de la servicialidad

del Estado y la necesidad de que el Estado contribuya a crear las condiciones sociales del bien común, las define como aquellas que permiten a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional alcanzar su mayor realización espiritual y material posible. Entonces, las bases de la institucionalidad de nuestra Constitución no excluyen la necesidad de que, para que haya bien común, tiene que respetarse el interés público y el interés privado de modo conjunto. Por lo tanto, avanzando en un concepto de orden público, la pregunta que surge es: ¿cuál es el interés de todos en materia económica y cuál es el interés de cada uno en materia económica? Para efectos de revisar después ¿de qué modo esos intereses pueden ser desarrollados de un modo que sea consistente o congruente con el derecho?

Al respecto, si tuviese que partir con qué es lo que interesa a cada uno o cuáles son los derechos fundamentales que corresponde proteger individualmente en materia económica, naturalmente los más importantes son aquellos que menciona el artículo 19 de la Constitución (aunque sabemos que muchos de ellos venían de más antiguo). Por lo tanto, forman parte del interés de cada uno en materia económica: la libertad de trabajo, la admisión a todas las funciones y empleos públicos, el derecho de desarrollar actividades económicas, el derecho de adquirir toda clase de bienes y el derecho de propiedad. Podríamos mencionar, también, aquí el derecho de asociación y otros. Naturalmente, es muy difícil ver a todos los derechos como compartimientos estancos, pues, todos los derechos contribuyen al bienestar económico de un individuo. Pero he querido centrarme en las libertades, derechos o garantías económicas más específicas.

Pero existe también un interés de todos en materia económica, y cuando me refiero a todos estoy pensando en que hay un interés público que es necesario resguardar en materia económica. Me refiero a que la Constitución asegura el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional y, al mismo tiempo, hay un

interés de todos por prevenir que cada uno, al momento de ejercer sus derechos, lo haga de un modo abusivo. Esta idea está relacionada con el principio de horizontalidad de los derechos fundamentales, por cuanto el Artículo 6 de la Constitución ordena que los preceptos de la misma obligan a toda persona, institución o grupo. Además, por aplicación del artículo 20 de la Constitución, del recurso de protección, se reconoce legitimación pasiva en contra de cualquiera que lesione los derechos fundamentales, no solamente respecto del Estado. Esta horizontalidad de los deberes nos permite decir que cada uno, al momento de ejercer sus derechos y libertades económicas, tiene que procurar hacerlo de un modo que no afecte el interés de los demás en desarrollarse en igualdad de condiciones o de modo abusivo.

Entonces, como no estamos en una sociedad de ángeles, sino que de seres humanos, que tenemos propensiones, tendencias e inclinaciones a cometer injusticias en nuestras relaciones, es necesario que el Estado cumpla un rol de asegurar que las relaciones de carácter económico entre los individuos de una sociedad sean justas. Por tanto, el Estado necesariamente tiene un rol de garante eficaz de que las relaciones económicas entre los individuos de una comunidad, y de que las relaciones de esos individuos con el mismo Estado, sean regidas por la virtud de la justicia. A la hora de considerar el diseño técnico que debe tener una constitución corresponde considerar, precisamente, los medios para alcanzar la justicia económica en las relaciones entre las personas.

Antes de ir a esos medios, quisiera continuar con esta idea de la falencia de los particulares, que incurren en algunos actos de injusticia, simplemente para ser un poco más preciso. Quisiera ejemplificar en qué casos, cada uno, a la hora de ejercer un derecho económico, puede incurrir en malas prácticas, en conductas injustas que atentan en contra del interés de los individuos con los que nos relacionamos y en contra del interés público. Entonces, los abusos en materia económica que suelen

ocurrir y que, naturalmente, yo diría que son abusos cometidos por enemigos del mercado —porque quien atenta en contra de la justicia de las relaciones económicas, de alguna manera, se transforma en un enemigo de las buenas prácticas del mercado— son los siguientes: el uso de la letra chica en los contratos, la modificación unilateral de contratos privados, los ilícitos anticompetitivos y de competencia desleal, la publicidad engañosa, la mala fe en la posventa.

Cuando hablo de mala fe en la posventa, no me estoy refiriendo necesariamente a la malicia, sino que quisiera asociarlo al artículo 1.546 del Código Civil, que dice que en las relaciones contractuales los deberes no solamente obligan a lo que está expreso en el texto del contrato, sino que a todos los elementos de la naturaleza de esa obligación. Por lo tanto, si no se cumplen los elementos de la esencia de ese deber, a veces pueden producirse daños. Por poner un ejemplo más concreto aún, a todos les ha pasado que en la preventa de un producto hay un trato personalizado, deferente y cordial; sin embargo, en la posventa el trato es impersonal, telefónico y, cómo se podría decir, con el carácter aleatorio de la ganancia incierta respecto de lo que se puede obtener.

Ahora bien, retomando los casos de abuso en materia económica, también están los contratos de adhesión con riesgos mal distribuidos, el aprovechamiento del desequilibrio para negociar entre las partes, los conflictos de interés ex-ante y ex-post de particulares al momento del ingreso a la administración pública, las condiciones laborales indignas, el uso de información privilegiada, el engaño y el fraude. Claro, a muchos de ustedes les puede sonar conocido este tipo de ilícitos, no tienen porqué estar tipificados en la constitución. Pero lo que sí quiero decir es que, en el ejercicio de las libertades económicas, existe la posibilidad de que se cometan injusticias que es necesario evitar mediante un actuar eficaz del Estado y estos son los ejemplos.

Ahora, ¿cuáles son los medios de los que dispone el interés público y el representante del interés público que es el Estado para evitar

o corregir estos atentados al orden público económico? Si tuviese que mencionar los más importantes podríamos decir que los medios del Estado para asegurar el bien de todos y de cada uno en materia económica son: el ejercicio del poder de expropiación por causa de utilidad pública, el poder de recaudación tributaria y de recaudación mediante la venta de bienes y servicios que producen las empresas estatales, el poder de limitar el dominio, de modificar y poner término a relaciones jurídicas públicas, el poder de celebrar contratos administrativos, el poder de realizar actividades de fomento —cuando hablo de fomento me refiero a los poderes de subsidio, descuentos tributarios, becas, premios, entrega de fondos, entrega de terrenos, etcétera—, y también el poder de regular o de desplegar una regulación exigible para prevenir daños subjetivos contractuales y extracontractuales, y para asegurar una interacción eficiente entre los partícipes de una actividad —me refiero, estrictamente, al poder de regulación económica o contractual—.

Para efectos de asegurar la participación y, en algunos casos, la igualdad de oportunidades en la vida social, el Estado debe asumir también labores de provisión directa de bienes y servicios. Yo diría que este es un conjunto de potestades de las que puede disponer un Estado y que la mayoría de ellas están previstas en la Constitución.

Hay que considerar, sin embargo, que, así como los particulares pueden cometer injusticias o abusar de sus derechos, también podrían hacerlo los funcionarios públicos, considerando que el aparato estatal está compuesto de seres humanos con las mismas propensiones. Sería ingenuo pensar que, a la hora de desplegar sus poderes, el Estado y los funcionarios que son integrantes de los órganos titulares de dichos poderes no pueden también incurrir en actos, prácticas o abusos que atentan en contra del orden público económico.

Podríamos mencionar como ejemplos de esas malas prácticas del Estado, los siguientes. Podría ocurrir que el Estado use su poder recurriendo a la estatización monopólica injustificada de alguna actividad privada o no

monopólica pero injustificada o privilegiada, como estatizar manteniendo la participación de los particulares, pero sin la debida justificación; omitir injustificadamente el otorgamiento de concesiones a sujetos privados que pudiesen colaborar en asociaciones públicas privadas; limitar de modo desigual y brusco o no compensado el dominio; establecer o imponer derechos sociales difícilmente exigibles; mantener empresas estatales deficitarias; realizar expropiaciones no compensadas; emitir gasto sin respaldo; aplicar tributos desproporcionados o injustos; aplicar una distribución ineficiente de utilidades de empresas estatales; tratar de modo discriminatorio en el otorgamiento de actos de beneficio o actos de sanción; imponer obligaciones legales vagas o de origen administrativo, es decir, sin respaldo legal. Además, frustrar expectativas legítimas por cambio de la legislación, imponer sanciones ilegales o sin debido proceso, regular exigencias desproporcionadas o que impliquen renuncia a derechos fundamentales, tratar desigualmente mediante tributos encubiertos o mediante garantías suspensivas de cobro que en algunos casos produce una desprotección al acreedor que, al mismo tiempo, puede ser deudor de otro.

Entonces, si nos damos cuenta, al estar compuesta esta comunidad de seres humanos con inclinaciones y defectos que pueden verse tentados por incentivos perversos a cometer actos de injusticia en materia económica, desde el sector privado o desde el sector público, es que cobra una importancia muy grande el derecho, porque el derecho es aquella ciencia que estudia, entre otras cosas, la justicia de las relaciones económicas para dar a cada uno lo suyo económico. Eso supone el reconocimiento a nivel constitucional de principios que aseguren la justa relación entre los agentes económicos y el Estado, así como entre los agentes económicos entre sí. Es preciso considerar que el hecho de tener una constitución que asegure ciertos grados de prosperidad no obsta a que esa misma prosperidad, aunque suene paradójico, puede llevar a un exitismo en los pueblos que lleva a descuidar sus relaciones de justicia.

A mí me ha llamado mucho la atención este ciclo constitucional que describe Polibio, nada menos que en el siglo II a.C., con respecto a la constitución romana, pues, él la crítica porque dice que, en el fondo, los problemas derivados de la sociedad romana no se deben a una constitución mal diseñada, sino a una que les aseguró la prosperidad. Por tanto, fue necesario modificarla muchas veces, precisamente, para hacerse cargo de ese problema. Quisiera citar de Polibio esa frase sobre el ciclo de las constituciones, que tiene algún componente económico y que, de alguna manera, me parece interesante porque refleja las tentaciones, miserias e inclinaciones que podemos tener todos los seres humanos, enfrentados a determinados incentivos de carácter público o de carácter privado. Dice así Polibio: "siempre que una constitución ha superado muchos y grandes peligros y alcanzó una supremacía y una pujanza incontestadas, es claro que se produce una gran prosperidad que convierte a los ciudadanos en enamorados del lujo y en pendencieros fuera de lo común por su afán de desempeñar cargos y de otras ventajas. Estos defectos irán en auge y empezará la involución hacia un estadio inferior por la apetencia de magistraturas, por la vergüenza de no ser famoso y, además, por la soberbia y el despilfarro. Sin embargo, el que hará culminar la evolución será el pueblo, cuando opine que hay quien gana injustamente y le hinche la adulación de otros que aspiran a obtener sinecuras. Enfurecido, entonces, y en su rabia, codicioso de todo, el pueblo creerá que los gobernantes no están a su altura, se negará a obedecer, se tendrá a sí mismo, por el todo, dueño del poder soberano. El estadio siguiente recibirá el nombre más bello de todos: libertad y democracia. Pero la denominación de la realidad será lo peor, la demagogia".

Me parece que esta frase es muy decidora, en el sentido de que la prosperidad que puede asegurar una constitución en las naciones no es garantía cierta de mantención del orden institucional. En algunos casos, si esa prosperidad no es renovada para establecer los límites correspondientes,

puede derivar precisamente en incentivos perversos y en abusos tanto de los que buscan magistraturas del Estado como de aquellos que se han dado al despilfarro y a las mezquindades en materia privada.

Por eso quisiera reivindicar el rol del derecho, ¿cuál es el rol del derecho en la prevención de los abusos? Los elementos cardinales que permiten asegurar el orden justo en materia económica son los principios jurídicos y, por tanto, aquí ya estoy entrando en un terreno en el que me parece que no pueden no estar en una constitución política: la legalidad, la eficacia en el actuar del Estado, el respeto a la esencia de los derechos, la igualdad de trato del Estado en relación con otros particulares y con entidades del Estado realizando actividades privadas, la proporcionalidad de las cargas públicas, la certeza jurídica concretada en el principio de confianza legítima, en el principio de irretroactividad de las leyes y en el respeto de los derechos adquiridos, y podríamos agregar aquí también el respeto de los contratos y también el acceso de las personas que se sientan afectadas en sus relaciones contractuales privadas o en sus relaciones con el Estado a un juez natural, independiente e imparcial que pueda resolver esos conflictos con igualdad de armas conforme a un debido proceso.

Si revisamos la actual Constitución sobre la base de este listado de atributos necesarios para resguardar el orden público en materia económica, podríamos decir que varias de estas garantías ya están presentes en la Constitución chilena. Sin embargo, siendo tan malos la petrificación, el anquilosamiento y el tradicionalismo constitucional, así como la disrupción brusca en lo mismo, lo propio de un sistema jurídico sano es entender la constitución como un cuerpo vivo que va conservando las herencias o legados valiosos, pero va siendo consciente al mismo tiempo de la necesidad de adaptar, precisar o introducir criterios exigidos por las nuevas circunstancias.

Por tanto, a la hora de perfeccionar la Constitución chilena en materia de orden público económico, hay ciertos principios que se han vuelto fundamentales en las relaciones entre particulares y en las del Estado

con los particulares que no están de modo explícito. Naturalmente es posible deducirlos por vía interpretativa, pero, si de mí dependiera, habría que consagrar constitucionalmente el principio de proporcionalidad de las cargas públicas, no solamente de los tributos, no solamente la igualdad de las cargas públicas, estoy hablando de la proporcionalidad. Eso se aplica a una serie de cargas públicas, incluyendo también las sanciones, pero no sólo las sanciones, sino también, por ejemplo, a todas aquellas cargas anexas al otorgamiento de una autorización.

También, el principio de confianza legítima y la exigibilidad de derechos sociales legales. Existe toda una discusión acerca de la necesidad de asegurar derechos sociales, de si deben estar en la constitución o en la ley. Pero, si estuvieran en la ley, sigue pendiente la posibilidad de exigirlos debidamente, porque no siempre el recurso de protección es un canal judicial suficiente para lograr la exigibilidad de esos derechos.

Muy importante es la concursabilidad de los bienes públicos, como cargos, autorizaciones y contratos públicos, para efectos precisamente de asegurar la igualdad de condiciones en el acceso de los mismos. Mencionaría también la regulación del déficit de las empresas públicas o su sustitución por servicios públicos.

La gran diferencia entre una empresa del Estado y un servicio público es que la empresa existe para lo que su nombre dice: lucrar en beneficio de todos, es una empresa del Estado cuya finalidad es financiar al Estado producto de los excedentes y margen de utilidades que obtenga. Por lo tanto, no cumple su objetivo una empresa del Estado que constantemente incurre en déficit. ¿Significa que tenga que desaparecer? No necesariamente, porque muchas de ellas cumplen fines de servicio público. Lo que pasa es que si fuera un servicio público no tendríamos el problema de estar esperando ese enriquecimiento. En algunos casos, quizás, haya que sustituirlas por un servicio público. Lo que no podría ocurrir, me parece, es que un instrumento que tiene el Estado, que es la empresa pública, que

tiene que existir precisamente para enriquecer las arcas del Estado y, de alguna manera, alivianar la carga tributaria de los contribuyentes, termine cubriendo sus déficits con los tributos de los contribuyentes.

Otro asunto muy interesante es revisar la calidad de las políticas públicas en materia económica, porque muchas de las políticas públicas se desarrollan a la luz de casos que provocan conmoción pública y que, naturalmente, en algunas situaciones, reflejan la ineficacia del Estado o la incapacidad material del Estado de absorber determinados problemas. Pero, si bien en algunos casos el diagnóstico puede ser adecuado, la solución prevista no es la mejor. ¿Por qué lo digo? En este estudio, realizado por unos autores extranjeros y publicado en la revista británica de ciencia política del año 2014, se establece la calidad regulatoria de los países de la OECD. Fijan una serie de parámetros metodológicos de transparencia, de consulta a los *stakeholders,* es decir, personas que se van a ver involucrados en la política. El grupo de la OECD es un grupo selecto, es un barrio exclusivo y, por tanto, entramos en una liga de los clasificados para el mundial, por así decirlo. Pero si se tratara del mundial de los países de la OECD, lamentablemente Chile está en el último lugar en calidad regulatoria. Chile tiene la peor calidad regulatoria en materia de políticas públicas de todos los países de la OECD y también en la revisión del impacto regulatorio en el desarrollo de leyes primarias. En consecuencia, a la hora de considerar una mejora de los instrumentos de orden público económico de la constitución, tendríamos que hacernos cargo de este elemento que no nos enorgullece.

Un último criterio interesante es que se discute mucho si, en el caso de que ganara el Apruebo y deba escribirse una nueva constitución, esta va a ser extensa o de contenidos mínimos. Uno puede preguntarse, ¿tiene alguna incidencia la longitud del texto constitucional en relación con aspectos de la economía? En principio, esa relación podría ser muy indirecta. Pero quisiera también traer a colación este estudio de los mismos autores que he citado anteriormente. Esos autores hicieron un cruce entre la longitud

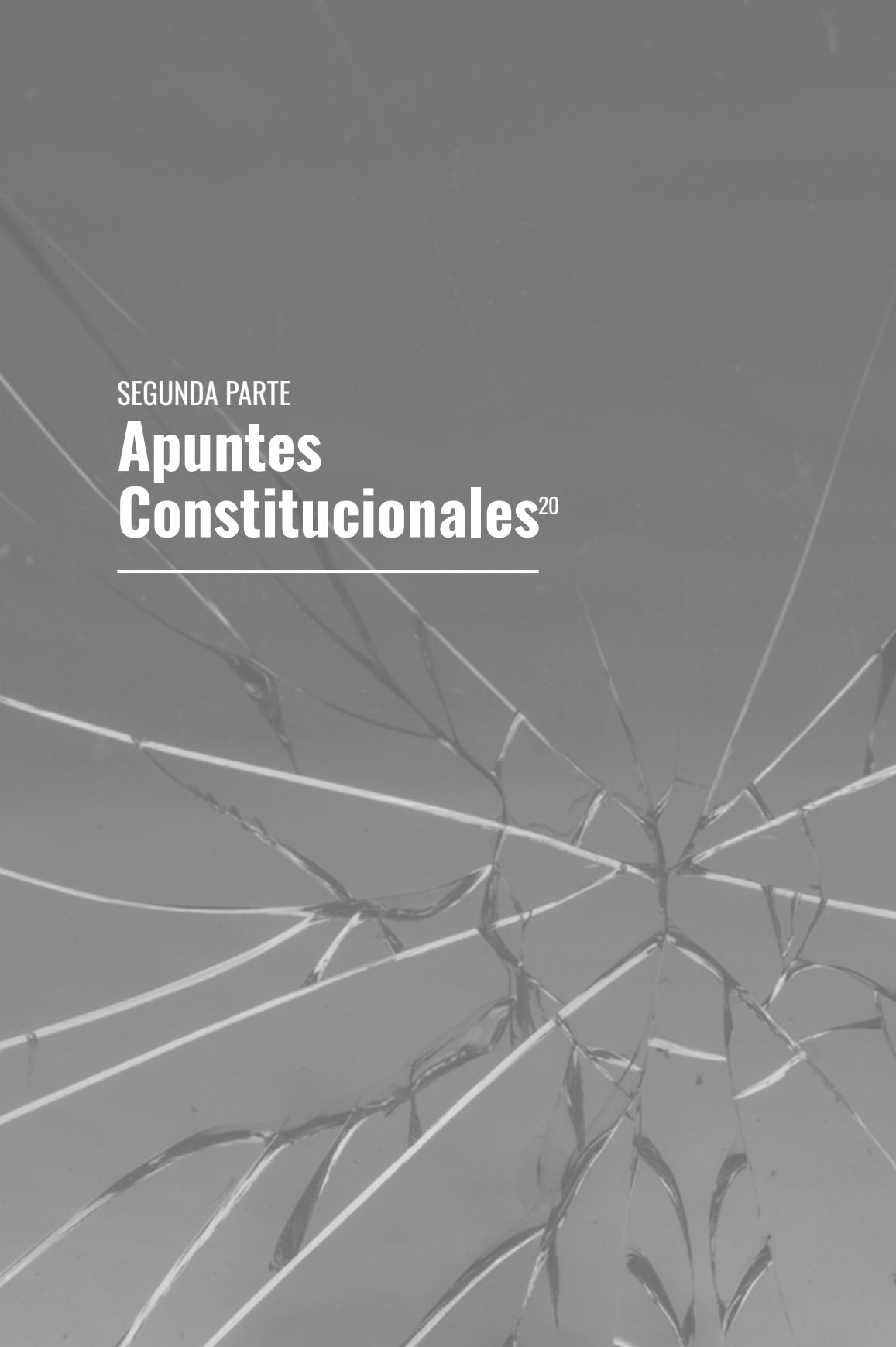
de las constituciones y el ingreso per cápita por país. El producto interno bruto per cápita por país es interesante porque existe cierta relación entre la longitud de una constitución en palabras y el ingreso per cápita. La regla que surge es que, mientras más breve es la constitución, mayor es el ingreso del producto interno bruto o doméstico per cápita. Chile está ubicado con una longitud de 4,5 —cerca de Turquía, de Polonia, etcétera— y con un producto interno bruto más bajo.

Pero lo que me importa, más que destacar a Chile en el concierto de estas naciones, es, efectivamente, cómo se produce esta curva en que una constitución de mínimos asegura una mayor flexibilidad que permite un desempeño económico mayor o mejor. Con todo, no hay que dejarse llevar del todo por este criterio porque, en algunos casos, la constitución de mínimos puede también atentar en contra del principio de incertidumbre jurídica o puede entregarle un ámbito de acción al legislador o a los jueces que va más allá de lo que se esperaría en un sistema constitucional que protege garantías mínimas. Sin embargo, me parece que es un elemento a considerar en materia económica.

Bueno, espero haber respetado el tiempo máximo. Este fue simplemente un barniz de lo que se podría hablar en media hora respecto del orden público económico en Chile y agradezco su atención. Muchas gracias.

SEGUNDA PARTE

Apuntes Constitucionales[20]



APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 1

Reglamento de la Convención Constitucional: Un debate pendiente

FELIPE LYON ERRÁZURIZ [21]

I. Introducción

Desde que entramos oficialmente en el proceso constituyente, toda la atención se ha venido centrando —además del proceso electoral de los constituyentes— en el debate constitucional de fondo. La discusión en medios y redes sociales se mueve en torno a si se necesitan más o menos derechos sociales, o a si es atingente modificar nuestro sistema de gobierno. Todas son cuestiones claves, por cierto, pero que evaden un paso previo y necesario.

Estas definiciones de fondo requerirán de una condición anterior elemental: la existencia de un buen Reglamento para el funcionamiento de la Convención. La experiencia comparada indica que esta discusión no

[20] Publicación editada por el Fundación Jaime Guzmán con motivo del proceso constituyente chileno, publicados entre el 26 de abril de 2021 y el 28 de julio de 2022.

[21] Director Programa Estudios Constitucionales Fundación Jaime Guzmán. Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Magíster en Estudios Políticos de la Universidad de los Andes. También se desempeña como profesor de Derecho Constitucional en la Universidad San Sebastián.

solo es clave, sino que puede ocupar largo tiempo, en algunos casos mucho más de lo que se tiene presupuestado para ello. Bolivia, por ejemplo, ocupó 7 de los 12 meses destinados a la Convención en determinar esta normativa. Si bien en ese caso se debió a que no tenían resueltos asuntos que nosotros sí —como los quórums—,[22] no deja de ser apremiante el tema, sobre todo considerando que la Constitución no fijó plazo alguno para aprobar este estatuto (a diferencia, por ejemplo, de Colombia).[23]

Así, este asunto se vuelve urgente no solo desde lo jurídico —para garantizar el buen funcionamiento de la Convención, y lograr un texto final coherente— sino desde lo político. Primero, porque la ciudadanía no parece tener muy claro este primer "bache" que presentará la elaboración de la eventual nueva Constitución, lo que podría provocar una rápida impaciencia. Segundo, porque si no se logran garantizar condiciones mínimas justas y razonables, la Convención puede ser una batalla que se defina "por secretaría". Otros sectores ya han ido formulando propuestas que pueden afectar seriamente la elaboración de una buena Carta Fundamental, como se verá más adelante.

Los reglamentos tienen una función crucial en la elaboración de cuerpos legislativos. Sin un marco común es imposible tener una discusión plenamente democrática, transparente y participativa, que permita un buen resultado. Pero, sobre todo, la preocupación por este cuerpo normativo tiene que ver —como bien grafica el profesor Sebastián Soto— con el ambiente de desprecio por las reglas que se viene experimentando hace un tiempo en Chile, de manera especial por parte del Congreso Nacional. Nos quedamos, en este sentido, con su reflexión:

---

[22] Noticias U. de Chile; *"Reglamento Constituyente: la llave que podría destrabar los 2/3 y procurar la participación ciudadana"* (17 de diciembre de 2020).
[23] Sierra, Lucas; *"El Reglamento de la Convención y el riesgo de la "hoja en blanco"*; p. 2.

> *Es una forma de decir que también ellos están sometidos al derecho; a respetar las reglas que se han dado y las obligaciones que se comprometen a asumir. Es, en otras palabras, una señal de autorrestricción que, si bien no es mucho, sí es un primer paso para revitalizar los precompromisos y alejarnos del temido «far west».*[24]

II. Puntos clave de la discusión

El artículo 133 de la Constitución Política de la República, en sus incisos 3 y 4, encarga a la Convención Constitucional la elaboración de un Reglamento. Dicho estatuto deberá aprobarse por 2/3 del pleno, tal como las normas de la eventual futura Constitución, y deberá hacerse cargo de llevar a la práctica de manera concreta el mandato que los chilenos encomendaron el 25 de octubre.

Es que, como puntualiza bien el profesor Sergio Verdugo, lo que se dio tanto en el Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución, del 15 de noviembre de 2019, como en las reformas constitucionales que permitieron iniciar el proceso, fue un acuerdo incompleto o decisión postergada;[25] es decir, se llegó a un consenso en la redacción, pero no en el contenido sustantivo de las normas y sus respectivos procedimientos. Por eso es que —como veremos— han prosperado interpretaciones tan diferentes en prácticamente todos los puntos posibles. Lograr definiciones, estableciendo mínimos comunes, nos permitirá confiar —o no— en el proceso que viene.

---

[24] Soto, Sebastián; *"La hora de la Re-Constitución"*; p. 66-67.
[25] Verdugo, Sergio; *"Algunos criterios para el funcionamiento de la Convención"*; p. 3.

1. Quórums

A pesar de ser uno de los asuntos supuestamente "zanjados" desde el acuerdo de noviembre de 2019, y que se consagra en el artículo 133, sigue suscitando diferentes interpretaciones.

(a) La primera gran pregunta es si el quórum de 2/3 solo se refiere a las votaciones del pleno, o también a las votaciones de las comisiones. Como ya adelantamos, la respuesta no es unívoca.

• Para algunos, las normas deben aprobarse por mayoría simple dentro de las comisiones, y la norma de los 2/3 solo operaría para su ratificación en el pleno.[26]

• El profesor Soto propone que se mantenga el mismo criterio que en el Congreso: (i) los 2/3 se aplican sólo para las votaciones en Sala (ii) y se aplican en todas sus votaciones. Esto implica que cada artículo requiere dicho quórum para su ratificación.

• Otros académicos sugieren que la regla de los 2/3 debe aplicarse en cada nivel de discusión, pues eso permitiría que se cumpla el objetivo de dicho quórum: alcanzar grandes acuerdos, y normas transversalmente aceptadas.

(b) Otra pregunta relacionada con este tema dice relación con la posibilidad de la Convención de alterar la regla de los 2/3 para ciertas decisiones.

• En este punto, no está de más recordar que la Convención es un órgano que se encuentra bajo la regulación de la Constitución, y no puede

[26] RCENC; *"Propuestas para el reglamento de la Convención Constitucional"*; p. 3.

pretender atribuirse un rol *supraconstitucional,* como ha ocurrido en otros países (y como han insinuado algunos actores nacionales).

• Eso no quita la posibilidad de que, en temas relacionados al gobierno o administración de la Convención, se puedan tomar decisiones por simple mayoría.[27] Esto, obviamente, requiere que previamente se decida por los 2/3. Un caso en que la propia Constitución habilita este quórum inferior es en la elección del Presidente y el Vicepresidente de este órgano.

• Con todo, otros actores, aduciendo una interpretación "estricta" del artículo 133, plantean que la regla de los 2/3 debiese operar solo respecto de las disposiciones constitucionales individualmente consideradas y del reglamento de votación. Con ello, se permitiría que la Convención pueda determinar quórums inferiores para el resto de las normas del reglamento. En nuestra opinión, eso va en contra del espíritu del artículo 133, y por lo mismo debe descartarse claramente en el Reglamento.

(c) Por último, como ya se adelantó, ha suscitado discusión la necesidad de una votación final del cuerpo completo de la Constitución, que también debería cumplir con un quórum de 2/3.

• Para quienes apoyan esta aprobación final, el quórum perdería sentido sin ella, dado que lo que éste busca es lograr acuerdos amplios y transversales. ¿Qué problema habría con aprobar el texto definitivo con la misma mayoría que se aprobó cada una de sus partes?

• Para quienes se oponen, una votación final del pleno implicaría mantener una especie de "veto" subyacente durante toda la votación,[28] que podría hacer estéril la aprobación particular de las normas hasta ese minuto.[29]

---

[27] García, José Francisco; *"El Reglamento de la Convención Constitucional"*.
[28] RCENC; *"Propuestas para el reglamento de la Convención Constitucional"*; p.2
[29] Diario Financiero; *"Los recovecos del reglamento para la Convención Constitucional y el dilema de los 2/3"* (11 de febrero de 2021)

A nuestro parecer, este temor no tiene mucho sentido, pues la ratificación final del pleno sería por el mismo quórum que la aprobación de las partes, y sirve como mecanismo para obtener un texto final más armónico, como se explicará a continuación.

2. Coherencia interna

¿Cómo obtener un texto coherente a partir de una Convención tan numerosa, diversa y —presumiblemente— inexperta como la que tendremos? Esto es especialmente delicado, considerando no solo la importancia, sino también la variedad de los asuntos que aborda una Constitución. Si bien la labor de asesores y expertos será fundamental, el Reglamento tendrá también un rol clave, estableciendo procedimientos que permitan que el texto final sea armónico. A continuación, se analizan algunas propuestas:

(a) Ratificación del texto definitivo por el pleno:

• Para quienes se oponen, esto implicaría permitir a una minoría "atrincherarse",[30] conservando un veto final para amenazar con él ante cualquier minucia que no les parezca en alguna norma o capítulo. Sostienen, además, que esta ratificación no tiene sentido, puesto que esa evaluación definitiva le corresponde al pueblo mediante el plebiscito de salida.

• Como ya hemos señalado, nos parece que este es un mecanismo perfectamente válido para intentar garantizar armonía y coherencia entre las normas de la Nueva Constitución. Nos parece injustificado el temor a utilizar herramientas de negociación para lograr un texto consensuado, que además se enmarca en el quórum que da la propia

[30] RCENC; *"Propuestas para el reglamento de la Convención Constitucional"*; p. 2.

Constitución. Además, es perfectamente compatible con otras medidas como las que se tratarán más adelante, y puede ser un incentivo extra a lograr acuerdos, dado que la alternativa es dejar temas sin regular. Como opción intermedia, está que la ratificación sea hecha por capítulos.

• Es importante, por último, descartar el argumento de que la ratificación definitiva corresponde al plebiscito de salida. Como bien explica el profesor Verdugo, dicha instancia tiene importantes limitaciones, pues su lógica binaria (Apruebo/Rechazo) impide solucionar posibles vacíos o inconsistencias.[31] Es tarea de la Convención hacerse cargo de las mismas, y presentar a la ciudadanía el mejor texto posible.

(b) Comisión "Redactora" o de "Armonización":

• La idea es que exista una comisión dedicada exclusivamente a fiscalizar que no se dupliquen las funciones de las comisiones temáticas, y que se ocupe de la redacción definitiva de los textos. Con esto, se garantizaría un trabajo final más armónico, con menos vacíos y una visión integrada de las normas discutidas en cada comisión.

(c) Otras propuestas: Existen otras variadas propuestas para lograr este objetivo. Algunas de ellas son, por ejemplo:

• Establecer un mecanismo de "doble discusión" como el que se implementó en Colombia, que asegura que todos los textos sean discutidos y aprobados en más de una ocasión.[32] Este procedimiento "circular" asoma como atractivo para Chile, y es defendido por expertos

[31] Verdugo, Sergio; *"Algunos criterios para el funcionamiento de la Convención"*; p.4.
[32] Verdugo, Sergio; *"Algunos criterios para el funcionamiento de la Convención"*; p. 5.

como Sebastián Soto, pues permite —además— ir descomprimiendo de a poco la presión de una eventual votación final.[33]

• Se ha propuesto la posibilidad de que el 25% de los Convencionales en ejercicio soliciten al Pleno reconsiderar una o más disposiciones ya aprobadas en particular, que requerirían de una segunda aprobación de 2/3 para quedar ratificadas.

• Otros han propuesto que, si un capítulo no logra el quórum en el pleno, pero sí una mayoría significativa, vuelva a la comisión para modificarse en aquello que le permita tener una segunda oportunidad de ser aprobado en el pleno.[34] Con ello se le daría continuidad a la discusión, evitando que la misma caiga en "compartimentos estanco".

• Algunos han propuesto que, junto al Reglamento, se apruebe un documento mínimo programático que sirva como guía de todo el proceso. Con ello, en su visión, no solo se avanza hacia un texto más armónico,[35] sino que se optimiza el trabajo de las comisiones: estando comprometidas todas las facciones políticas con los acuerdos macro, solo quedaría ir especificándolos en normas concretas.[36]

3. Algunos aspectos de funcionamiento: las comisiones

Este es quizás el aspecto más técnico de todos, por lo que las opiniones abundan. Hay discrepancias importantes entre los expertos en cuanto al número de comisiones temáticas, sus tamaños, y las formas de operar que estas debiesen tener.

---

[33] Soto, Sebastián; *"La hora de la Re-Constitución"*; p. 83.
[34] Diario Financiero; *"Los recovecos del reglamento para la Convención Constitucional y el dilema de los 2/3"* (11 de febrero de 2021).
[35] SOFOFA; *"Hoja de Ruta: La crisis como oportunidad. Una mirada de empresa"*; p.12.
[36] Verdugo, Sergio; *"Algunos criterios para el funcionamiento de la Convención"*; p. 9.

(a) El profesor Verdugo habla de "adaptar el proceso legislativo", y no simplemente importarlo. Compartimos esta visión, puesto que, pese a las obvias similitudes, la Convención es bastante diferente en algunos aspectos.

• Un aspecto elemental de diferencia es, por ejemplo, el hecho de ser la Convención un órgano unicameral. Esto, que permite en la tramitación de leyes la doble revisión de todos los textos y figuras que facilitan los acuerdos (como las comisiones mixtas), debe ser suplido con otros mecanismos que vayan en esa línea. Se mencionó ya la "doble revisión" colombiana, y a ello podría añadirse la existencia en alguna etapa de comisiones temáticas mixtas.

• Otra cuestión —más específica— a considerar en esta línea es la de los quórums para sesionar. Como se sabe, en el Congreso se requiere la presencia de 1/3 de los parlamentarios para poder sesionar, tanto en sala como en las comisiones. Consideramos que ese quórum podría elevarse para la Convención, considerando la importancia de gran parte de las discusiones, y el menor trabajo político-territorial que presumiblemente tendrán los convencionales.

(b) Comisiones Temáticas: Hay acuerdo en los expertos en que exista un trabajo sectorizado, tomando en cuenta la diversidad de temas que aborda una Constitución.

• Algunos proponen que el número de comisiones debiese ser igual al número de capítulos que vaya a tener la Constitución, como la forma más práctica de dividir el trabajo. En esa línea se encuentra Verdugo[37] o Ana María García.[38]

---

[37] Verdugo, Sergio; *"Algunos criterios para el funcionamiento de la Convención"*; p. 10.
[38] Facultades de Derecho PUC, U. de Chile y U. de Valparaíso; *"Coloquio: Convención y Nueva Constitución"* (6 de noviembre 2020).

• Otros, como Sebastián Soto o Jaime Bassa, proponen que el número de comisiones temáticas sea lo más reducido posible, para evitar que se trabaje de manera descoordinada, y buscar la mayor coherencia posible. Soto propone, de hecho, que sean solo 2 comisiones: una para las instituciones y otra para los derechos. Su formato obedece además a una visión práctica: "si cada capítulo, por ejemplo, lo estudia una comisión tendremos escasa uniformidad y un incentivo a regular más que menos porque cada comisión intentará definirlo todo". [39]

• En cuanto al procedimiento, en general *hay acuerdo en que se trabaje desde las comisiones haciendo propuestas al pleno,* pero naturalmente hay diversidad en la manera y el orden en que esto deba hacerse. Para Soto, debiese ser un proceso circular, que vaya y vuelva entre las comisiones y el pleno, para ir sumando voluntades y afinando los textos.

(c) Comisiones específicas: Varias voces proponen algunas comisiones especiales, que se harían cargo de otras tareas para el buen funcionamiento de la Convención. A la ya mencionada Comisión de Redacción, suelen sumarse —con diversos nombres— otras, tales como una Comisión de Ética y Transparencia[40], u otra de Participación Ciudadana.[41]

• **Comités:** Algunos proponen, por último, la existencia de Comités que agrupen a los convencionales. Su razón de ser es simple: facilitar la coordinación de los convencionales con la Mesa de la Convención y, sobre todo, permitir más acuerdos políticos que permitan alcanzar los 2/3.

---

[39] *Op. Cit.*
[40] RCENC; *"Propuestas para el reglamento de la Convención Constitucional"*; p. 7.
[41] Verdugo, Sergio; *"Algunos criterios para el funcionamiento de la Convención"*; p. 11.

4. Asegurar medios para la legitimidad de la Convención

El Reglamento debe intentar asegurar los mínimos necesarios para que la política se despliegue, integrando de buena manera dos cuestiones clave: la transparencia y los espacios para la negociación. Así, podríamos llegar a hablar de una Convención legitimada "hacia adentro" (hacia quienes la integran) y "hacia afuera" (la ciudadanía).

(a) Legitimidad interna: Es imposible que la Convención logre su fin si sus propios actores no confían en ella. Por eso, es importante que en el Reglamento se incorporen mecanismos que permitan resolver conflictos, más allá de la votación. El quórum de 2/3 aporta para que se intenten construir acuerdos, pero es necesario garantizar a todos los sectores que pueden confiar en el proceso, pese a que ganen o pierdan una votación particular.

• Para el profesor Verdugo, la clave para esto está en lograr cierta "bilateralidad" en el proceso.[42] Esto compromete a todas las facciones, produciéndose una fiscalización mutua. Compara la experiencia colombiana con la venezolana, donde un sector dominó y arrasó con el otro.

• Nosotros agregamos la importancia de garantizar la negociación real entre los distintos sectores, mediante la existencia de espacios de reserva. Se suele hablar mucho de la transparencia —cuestión muy relevante hoy en día— pero poco se dice de la necesidad de que, para que ciertos acuerdos se produzcan, puedan existir negociaciones o votaciones secretas. Experiencia comparada exitosa de España, Irlanda y Filadelfia[43] muestran que la reserva permite diálogos genuinos entre posiciones divergentes, que no logran darse en la exposición constante y total.

---

[42] Verdugo, Sergio; *"Algunos criterios para el funcionamiento de la Convención"*; p. 7.
[43] Verdugo, Sergio; *"Algunos criterios para el funcionamiento de la Convención"*; p. 8.

(b) Legitimidad externa, transparencia v/s reserva: Los expertos coinciden en que es relevante garantizar la mayor transparencia posible del proceso, pues es un factor clave para avanzar hacia su legitimidad. Prácticamente todos proponen institucionalizar la transmisión por *streaming* de las sesiones, así como la publicación en internet de los documentos relevantes.

Ahora, como ya se dijo, es clave que la necesaria transparencia se equilibre con espacios de "reserva", para que los convencionales puedan trabajar en acuerdos y votar en conciencia. En un contexto de quórums elevados y ambiente álgido, la única manera de avanzar será permitiendo que decisiones difíciles puedan ser tomadas y negociadas con cierta tranquilidad, lo que se logra, por ejemplo, con sesiones reservadas o con votaciones secretas.

Sin embargo, algunos denominan estos mecanismos como "privilegios deliberativos",[44] y recomiendan —en nombre de la transparencia— excluirlos del Reglamento. Con este tipo de medidas sólo se logrará que las presiones públicas y la violencia influyan más que el diálogo, las razones, y la democracia. Así lo ha dicho el PNUD: la transmisión "24/7" promueve el conflicto, pues el consenso es mucho más "aburrido".

5. Otros asuntos regulables

Hay otros elementos que pueden ser regulados en el Reglamento de la Convención, y que algunos autores han tratado:

[44] Verdugo, Sergio; *"Algunos criterios para el funcionamiento de la Convención"*; p. 8.

(a) La participación ciudadana: Será un aporte a la legitimidad del proceso, y una forma de revitalizar el vínculo de la ciudadanía con la política. Según el profesor Soto, por ejemplo, debe aprenderse del proceso fallido de Bachelet el 2016 para sacar lecciones.[45]

(b) Mecanismos de participación de los expertos: Esto se vuelve clave frente a voces que vienen despreciando y desprestigiando los aportes de "los técnicos" en el último tiempo.

(c) Límites del Reglamento y la Convención: Si bien esto no sería estrictamente necesario, podría ser recomendable incorporarlos, en respuesta a voces que proponen —por ejemplo— excluir la posibilidad de usar la actual Constitución como base para discutir[46], prohibir los espacios de reserva,[47] o impedir la participación de expertos.[48]

III. Conclusiones

La importancia que tiene el Reglamento de la Convención Constitucional para el desarrollo de nuestro proceso constituyente no puede ser soslayada. Su rol puede ser clave en aras de tener un trabajo participativo, con garantías democráticas, y donde pueda llevarse a cabo un debate serio e informado.

El Reglamento debe ser tratado con la relevancia que tiene, y no ser mirado como un trámite desagradable por el que hay que atravesar para comenzar la discusión de lo importante. No exageran —en nuestra opinión— algunos constitucionalistas cuando declaran que este debate es

---

[45] Soto, Sebastián; "La hora de la Re-Constitución"; pp. 71-74.
[46] RCENC; *"Propuestas para el reglamento de la Convención Constitucional";* p. 5
[47] RCENC; *"Propuestas para el reglamento de la Convención Constitucional";* p. 6
[48] RCENC; *"Propuestas para el reglamento de la Convención Constitucional";* p. 7.

"la madre de las batallas", pues de su resultado dependerá en gran medida la eficiencia, legitimidad y credibilidad de la Convención.[49]

Por lo mismo, nuestra recomendación es que los futuros Convencionales y sus partidos se preparen para enfrentar este desafío. Los temas acá tratados son un buen punto de partida.

[49] Diario Financiero; *"Los recovecos del reglamento para la Convención Constitucional y el dilema de los 2/3"* (11 de febrero de 2021).

Referencias bibliográficas

1. *"Algunos criterios para el funcionamiento de la Convención"* —Sergio Verdugo, Horizontal (15 de octubre de 2020). https://bit.ly/2QywCVn (consultado el 22-02-2021)

2. *"Propuestas para el reglamento de la Convención Constitucional"* —Red de Centros de Estudios por una Nueva Constitución (enero de 2021). https://bit.ly/3dpGPg1 (consultado el 22-02-2021)

3. *"Reglamento para un proceso constituyente participativo"* – Red de Centros de Estudios por una Nueva Constitución (diciembre de 2020). https://bit.ly/2QxhibS (consultado el 22-02-2021)

4 *"Reglamento para un proceso constituyente participativo"* —Red de Centros de Estudios por una Nueva Constitución (diciembre de 2020). https://bit.ly/2QxhibS (consultado el 22-02-2021)

5. *"El Reglamento de la Convención y el riesgo de la "hoja en blanco""* —Lucas Sierra, Centro de Estudios Públicos (agosto 2020). https://bit.ly/3sqTWSe (consultado el 22-02-2021);

6. *"El Reglamento de la Convención Constitucional"* —José Francisco García, El Mercurio Legal (3 de septiembre de 2020). https://bit.ly/3tlBz2u (consultado el 22-02-2021);

7. *"¿Cómo avanzar en el Reglamento de la Convención Constitucional?"* —Marisol Peña, La Tercera (29 de octubre de 2020). https://bit.ly/3e1Cv5y

8. *"Coloquio: Convención y Nueva Constitución"* —Facultades de Derecho PUC, U de Chile y UV (6 de noviembre 2020). https://bit.ly/3ghgJO0 (consultado el 22-02-2021). Noticia en https://bit.ly/3do5ykQ (consultado el 22-02-2021)

9. *"Reglamento Constituyente: la llave que podría destrabar los 2/3 y procurar la participación ciudadana"* —Noticias U. de Chile (17 de diciembre de 2020). https://bit.ly/2RGpKGh (consultado el 22-02-2021)

10. *"Los recovecos del reglamento para la Convención Constitucional y el dilema de los 2/3"* —Diario Financiero (11 de febrero de 2021). https://bit.ly/3x0muWk (consultado el 22-02-2021)

11. *"El proyecto de Camila Vallejo para que la Constituyente pueda definir o modificar el quórum de 2/3"* —CNN Chile (16 de noviembre de 2020). https://bit.ly/3eazhgo (consultado el 22-02-2021).

12. *"La hora de la Re-Constitución"* —Sebastián Soto, Ediciones UC (2020)

APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 2

Poder constituyente: ¿Es la Convención Constitucional soberana?

TERESA ZAÑARTU TORRES [50]

I. Introducción: Poder Constituyente

La noción de Poder Constituyente está íntimamente ligada al de Constitución y soberanía. La comprensión de estos, que es diferente en el tiempo y en los distintos países, influye en cómo se entiende dicho poder. Por lo tanto, este no es un tema zanjado: algunos filósofos y juristas dicen que no existe, otros dicen que sí. Entre estos últimos, unos no creen que pueda ser derivado, otros sí.

Por lo tanto, el siguiente apunte no pretende resumir ni dirimir esta larga discusión, sino dar una breve noción del poder constituyente, cómo puede llegar a ser entendido según la mayor parte de la doctrina, y su repercusión en nuestro proceso constituyente y en otros de la región.

---

[50] Investigadora del Programa Estudios Constitucionales de la Fundación Jaime Guzmán. Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Actualmente está cursando Licenciatura en Historia en la misma casa de estudios.

II. Significado

Como ha sido formulado por Emmanuel Siéyes, en *¿Qué es el Estado Llano?* (1789), el Poder Constituyente es el poder soberano, no atado a ninguna norma jurídica previa, que puede fijar el derecho que quiera en la Constitución.

Para el filósofo Carl Schmitt, el poder constituyente es la voluntad de una decisión política fundamental, a través de la cual se construye el Estado, se define su forma, se elige el modelo de gobierno y se crean los órganos que ejercen el poder constituido.

Por su parte, José Luis Cea define a la función constituyente como "la encargada de establecer una nueva Constitución, de reemplazarla, de modificar algunas de sus disposiciones en vigor, o por último, de restablecer la Carta Fundamental que había sido abrogada, total o parcialmente".[51] Explica que este poder es el máximo que puede ejercer cualquier Estado-Nación, por cuanto implica la mayor demostración de soberanía posible. Esto, ya que se cambia el mismo pacto, la misma ley fundamental que regula las bases esenciales del ordenamiento político, económico y social.

III. Poder Constituyente originario y derivado

El poder constituyente puede ser originario o derivado. Es de la primera clase cuando es el Pueblo o Nación organizado *de facto* y sin previa ley que legítimamente crea una nueva Constitución. Por lo tanto, no está sujeta a ningún límite, ya que todos emanarían de él mismo. Es de la segunda si es un órgano complejo que en conjunto ejerce la

[51] José Luis Cea (2000) *Teoría de Gobierno.* Santiago de Chile: Ediciones UC, p. 83.

función constituyente de acuerdo con lo señalado en la misma Constitución que se intenta modificar o reemplazar.

El hecho de que el Poder Constituyente derivado lo sea realmente es discutido. Lautaro Ríos arguye que, al estar sujeto a los límites de una Constitución contra la cual no puede ir, pero que a la vez intenta cambiar, no sería verdadera soberanía. Por lo tanto, al ser la primera cualidad esencial de la segunda, el Poder Constituyente derivado —que es a lo que nos enfrentamos actualmente— sería un artificio que no merece dicho nombre.

Como se puede ver, la redacción de una nueva Constitución no siempre implica un ejercicio de Poder Constituyente originario o plenamente soberano.

IV. Relación con la soberanía

La soberanía es "poder absoluto y perpetuo" como la definió su primer estudioso, Jean Bodin en 1590.[52] Actualmente, y en honor a los avances en el Estado de Derecho, esta definición debe ser complementada con "legítimamente ejercido". Así, la soberanía es aquel poder supremo, ejercido legítimamente, como explica el profesor José Luis Cea en el primer tomo de *Derecho Constitucional Chileno* (Ediciones UC, 2002).

En nuestro país, la soberanía reside en la Nación, que es entendida como aquel ente abstracto formado por la conjunción de los que fueron, los que son, y los que serán. Esto evita los problemas que trae la otra opción actual, que es que resida en el Pueblo, que comprende que este solo se compone por los ciudadanos presentes, ciertos grupos pueden arrogarse su voz y cometer actos verdaderamente impopulares y dere-

[52] Jean Bodin (1997) *Los Seis Libros de la República.* Madrid: Editorial Tecnos, p. 55.

chamente terribles. Esto, de hecho, estaba explícitamente vetado en la Constitución de Angostura de 1819, de la Gran Colombia. Este monopolio de la voluntad popular fue lo que ocurrió, por ejemplo, en la Revolución Francesa, en el que la soberanía era popular según la Constitución de 1793, y un grupo usó esto como sustento para todo lo que aconteció en el periodo del Terror.

La soberanía, al final, se traduce en poder supremo. Quien tiene este poder puede hacer y deshacer dentro de un Estado según su voluntad, y hacerse respetar ante las demás naciones. Es por eso que se entiende que el Poder Constituyente originario es plenamente soberano, ya que se traduce en un órgano que tiene facultades omnímodas, en el que la Nación delega dicho poder. El peligro en esto es que a pesar de que, técnicamente, la Nación nunca deja de ser el titular de la soberanía, el órgano constituyente podría separarse de su mandato. Y si es soberano es factible sostener, escudado en el siguiente silogismo de Rubén Martínez Dalmau, que "cabe concluir que si la Constitución es el fruto de la voluntad del pueblo soberano en uso del poder constituyente, y este es por su naturaleza democrático, la Constitución es su esencia democrática".[53]

Por último, una facultad fundamental de aquél que es soberano es la de dictar normas jurídicas supremas, supraordinado a cualquier otro poder. Por lo tanto, el verdadero Poder Constituyente es soberano, ya que ordena al Estado mismo sin ningún límite intrínseco más que los derechos fundamentales. El Poder Constituyente originario —o, según el abogado constitucionalista Lautaro Ríos, el Poder Constituyente sin más— es soberanía pura. Reforma el ordenamiento jurídico a tal punto que solo es fuente de sus propios límites.

---

[53] Willy Gutiérrez Cabas (2017) *El poder constituyente frente al poder constituido en la reforma y la interpretación constitucional boliviana.* En Revista Jurídica de Derecho, vol. 6 n7 La Paz, p.103.

V. Experiencia comparada

La tesis del Poder Constituyente originario —es decir, completamente soberano— ha sido usada en América Latina para justificar procesos constituyentes que han tendido, en diversos grados, a sobrepasar el límite constitucional vigente.

Venezuela se basó en él para dar pie a la nueva Constitución que dio pie a la dictadura chavista de 1999. El autor y también miembro de la Asamblea Nacional Constituyente, Allan R. Brewer-Carias, en 1999, menciona que dicho órgano sí era expresión del Poder Constituyente originario ya que fue aprobado por referéndum. Sin embargo, esta excedió sus competencias, con la aquiescencia de la Corte Suprema venezolana. El argumento que se dio es que la Asamblea era plenamente autónoma, en su calidad de Poder Constituyente originario, lo que se vino a refrendar con su comportamiento.

Esto comenzó a verse desde muy temprano, como el mismo autor reflexiona el 2001, ya desencantado con el proceso, ya que, originalmente, la Asamblea Nacional Constituyente había sido ideada como un mecanismo más de reforma constitucional, aunque no contemplada originalmente en la Constitución de 1961. Por lo tanto, debía sujetarse a los límites que esta le impusiera. Sin embargo, a través de un decreto emanado del Gobierno de Chávez, se la perfiló como un órgano de atribuciones y límites indeterminados, muy similar a un poder constituyente originario puro, cuyo rol era "transformar el Estado y crear un nuevo orden jurídico". Como él mismo dice, era para "que asumiera un poder total y pudiera incluso sustituir a los poderes constituidos".[54] Esto fue lo que acabó ocurriendo.

[54] Allan R. Brewer Caras (2017) *Tratado de Derecho Constitucional,* tomo XVI. Caracas: Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, p. 68.

El mismo argumento fue usado para repetir el ejercicio en ese país, y el 2017 comenzó a sesionar una nueva Asamblea Constituyente que, inmediatamente, transgredió sus límites constitucionales al nombrar funcionarios estatales y dictar leyes. Hoy, el Poder Constituyente originario tiene mención expresa en dicho texto, en su artículo 347, que lo sitúa en el pueblo de Venezuela.

Bolivia también vivió un proceso constituyente la década pasada. A través de una Asamblea Constitucional, que podría considerarse poder constituyente derivado, se creó una nueva Constitución marcada por el conflicto político y social que se tomaban el debate y las calles. Se logró crear un texto, pero fue fuertemente reformado por un acuerdo de dos poderes constituidos; el Congreso y el Gobierno.

Por último, otro proceso importante es el colombiano, que en 1990 decidió cambiar su Constitución. A raíz de la violencia que se observaba, el país se encontraba en estado de sitio desde 1984, y una agrupación estudiantil llamó, en las elecciones de ese año, a introducir una séptima papeleta para presionar por una Asamblea Constituyente. El Gobierno, presionado, efectivamente llamó ese año a un referéndum para convocar a una Asamblea, mediante un decreto de dudosa legalidad, en cuya decisión no participó el Congreso. Prontamente, constituyentes como Álvaro Levya Durán sostuvieron que dicho órgano ejercía el poder constituyente originario, por lo que quedaba libre de las ataduras de otros poderes constituidos que solo buscaban frenar el proceso. El resultado del proceso no quebró el orden democrático, como sí ocurrió en Venezuela el 2006, pero ilustra la facilidad con que se puede acudir al concepto de poder constituyente para justificar acciones de quienes tienen el mandato claro de reformar o cambiar la Constitución.

VI. Normas constitucionales que regulan a la Convención

De acuerdo con la explicación que el profesor Cea en *Teoría de Gobierno* (Ediciones UC, 2000), la Convención Constitucional es un órgano constituyente derivado, ya que fue creado en virtud de la reforma al Capítulo XV de la Constitución vigente, y en ella encuentra sus límites, que están, por lo demás, claramente establecidos. Estos se encuentran en dicho capítulo, y algunos son:

• **132 incisos tercero a quinto:** La Convención deberá aprobar las normas y el reglamento de votación de las mismas por un quórum de dos tercios de sus miembros en ejercicio.

La Convención no podrá alterar los quórum ni procedimientos para su funcionamiento y para la adopción de acuerdos.

La Convención deberá constituir una secretaría técnica, la que será conformada por personas de comprobada idoneidad académica o profesional.

• **Artículo 135:** La Convención no podrá intervenir ni ejercer ninguna otra función o atribución de otros órganos o autoridades establecidas en esta Constitución o en las leyes.

Mientras no entre en vigencia la nueva Constitución en la forma establecida en este epígrafe, esta Constitución seguirá plenamente vigente, sin que pueda la Convención negarle autoridad o modificarla.

En conformidad al artículo 5º, inciso primero, de la Constitución, mientras la Convención esté en funciones la soberanía reside esencialmente en la Nación y es ejercida por el pueblo a través de los plebiscitos y elecciones periódicas que la Constitución y las leyes determinan y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Le quedará prohibido a la Convención, a cualquiera de sus

integrantes o a una fracción de ellos, atribuirse el ejercicio de la soberanía, asumiendo otras atribuciones que las que expresamente le reconoce esta Constitución.

El texto de la eventual nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

• **Artículo 136 incisos primero y segundo:** Se podrá reclamar de una infracción a las reglas de procedimiento aplicables a la Convención, contenidas en este epígrafe y de aquellas de procedimiento que emanen de los acuerdos de carácter general de la propia Convención. En ningún caso se podrá reclamar sobre el contenido de los textos en elaboración.

Conocerán de esta reclamación cinco ministros de la Corte Suprema, elegidos por sorteo por la misma Corte para cada cuestión planteada.

• **Artículo 137 incisos primero y tercero:** La Convención deberá redactar y aprobar una propuesta de texto de Nueva Constitución en el plazo máximo de nueve meses, contado desde su instalación, el que podrá prorrogarse, por una sola vez, por tres meses.

Una vez redactada y aprobada la propuesta de texto de Nueva Constitución por la Convención, o vencido el plazo o su prórroga, la Convención se disolverá de pleno derecho.

• **Artículo 142, inciso doceavo:** Si la cuestión planteada a la ciudadanía en el plebiscito ratificatorio fuere rechazada, continuará vigente la presente Constitución.

VII. Conclusiones

En suma, tras todo lo expuesto, la Convención Constitucional tiene límites estrictos. No es un órgano soberano *per se,* que pueda crear sus propias reglas y deshacer las que se establecen en la Constitución actual, ya que es creada por ella. En ese sentido, su carácter de Poder Constituyente derivado es claro, ya que está sujeta a prohibiciones y limitaciones, que pueden ser o más formales, o más sustantivos. Esto fue lo que se diseñó por los partidos políticos en el Acuerdo por la Paz Social y la nueva Constitución, del 15 de noviembre de 2019, y lo que la ciudadanía ratificó el año siguiente. Fue esta misma la que, al final, limitó la soberanía del órgano. En otras palabras, es la Nación, soberana, la que refrendó un órgano que fue ideado y construido por los partidos políticos, con todas las limitaciones que se planteaban y que quedaron en la Carta Fundamental vigente.

Además, al ser un órgano que ejerce el poder constituyente derivado —ya que la Convención Constitucional es un mecanismo contemplado en la Constitución actual—, implica que no es soberana, al final el que es verdaderamente soberano no reconoce a ningún otro poder sobre él. En este caso, con los límites y prohibiciones establecidos en la Constitución, este órgano no puede hacer y deshacer a su arbitrio, ya que no detenta el poder supremo.

Por lo tanto, en virtud de ser un órgano que ejerce el Poder Constituyente derivado, la Convención Constitucional no puede alejarse de su mandato constitucional y popular: proponer una nueva Constitución. No puede escudarse en que sus decisiones son democráticas ya que la soberanía lo es, pues lo importante es remarcar que no es soberana, sino un órgano constituido más con una misión y un marco jurídico claros.

Referencias bibliográficas

1. Bodin, J. (1997) *Los Seis Libros de la República.* Madrid: Editorial Tecnos.

2. Brewer Caras, A. (2017) *Tratado de Derecho Constitucional,* tomo XVI. Caracas: Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana.

3. Cea, J.L. (2000) *Teoría de Gobierno.* Santiago de Chile: Ediciones UC.

4. Gutiérrez Cabas, W. (2017) *El poder constituyente frente al poder constituido en la reforma y la interpretación constitucional boliviana.* La Paz, Bolivia: Revista Jurídica de Derecho, vol. 6 nº 7.

APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 3

Sobre libertad de expresión y "negacionismo"

TERESITA SANTA CRUZ UGARTE [55]

I. Introducción

La regulación de la libertad de expresión, tanto en el plano nacional como internacional, reconoce a este derecho como una de las bases esenciales de todo ordenamiento democrático, por cuanto es mediante ella que la persona puede expresar sus ideas y exteriorizar otro derecho fundamental, como la libertad de conciencia. La manifestación de ideas y opiniones también se relaciona íntimamente con la libertad de información, la que contempla tanto el derecho a informar como a ser informado.

Es en este sentido, que resulta pertinente analizar el marco jurídico del derecho a la libertad de expresión, tanto en el plano nacional como internacional, así como su desarrollo jurisprudencial en los distintos sistemas de derechos humanos. También resulta pertinente

[55] Directora del Área Legislativa de la Fundación Jaime Guzmán. Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile y candidata a Magíster en Derecho Constitucional de la misma casa de estudios.

estudiar la regulación sobre las limitaciones a derechos fundamentales y sus requisitos, en específico aquellos que se imponen al derecho a la libertad de expresión. Es en el marco de estas limitaciones que se encontrarían las prohibiciones o sanciones a discursos negacionistas, que también se analizarán en la presente minuta.

II. Regulación de la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional chileno

La Constitución Política de la República de Chile consagra el derecho a la libertad de emitir opiniones e informar —ambas manifestaciones de la libertad de expresión— en el artículo 19, Nº 12:

> *"La Constitución asegura a todas las personas:*
>
> *12º - La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado".*

Esta norma es de larga data en nuestra historia constitucional, manteniendo los siguientes elementos esenciales:

a. La libertad de emitir opinión e informar.

b. La prohibición categórica de la censura previa.

c. El deber de responder por los abusos y delitos que se cometan en el ejercicio de dichas libertades, en conformidad a la ley.

La mayor innovación que ha existido de esta disposición es la exigencia de que la ley que consagre dichas responsabilidades sea de quórum calificado.[56]

La importancia de este derecho ha sido reconocida y recalcada por la doctrina nacional. José Luis Cea Egaña señala que:

> *"La importancia y complejidad de la libertad de expresión la ha convertido en un atributo de trascendencia singular para la democracia. El nivel de ejercicio seguro que una Sociedad Civil tenga de tal libertad, por ejemplo, en relación con la pluralidad de medios y fuentes de información, así como con la transparencia e imparcialidad con que ellos informan y juzgan los acontecimientos se considera, sin disidencia, un indicador claro del grado de democracia efectiva del cual se goza en un país".*[57]

Es así, como se ha entendido que la libertad de emitir opinión consiste en la facultad de toda persona de exteriorizar, por cualquier medio y sin coacción, lo que piensa o cree. Resulta necesario enfatizar el carácter subjetivo de la opinión, que viene dada por un juicio de valor personal, que se ubica en un punto intermedio entre la ciencia y la ignorancia,[58] de manera tal que no pretende asentar hechos o afirmaciones objetivas.

Otro elemento esencial de nuestro ordenamiento constitucional es la prohibición categórica de toda forma de censura previa, entendiéndola como:

---

[56] Jaime Arancibia Mattar: *Constitución Política de la República de Chile.* Edición Histórica, Santiago, Ograma, 2020, pp. 26-27.

[57] José Luis Cea Egaña: *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II,* Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012, p. 415.

[58] Ángela Vivanco Martínez: *Curso de Derecho Constitucional: Aspectos dogmáticos de la Constitución de 1980, Tomo II,* Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, pp. 403.

> *"Cualquier impedimento ilegítimo al ejercicio de la libertad de expresión. (…) Agregamos que la censura es un impedimento, con lo cual se alude al escollo, dificultad u obstáculo que se sufre para expresarse libremente, como asimismo, a la amenaza, seria y actual, de ser víctima de tal impedimento o de asumir las consecuencias de no haberlo acatado. Por lo mismo, la censura existe aunque el efecto impeditivo de ella no haya tenido éxito por quien fue su autor".*[59]

El concepto mismo de libertad de expresión —entendiendo que éste es el término más abarcativo para comprender la libertad de emitir opinión y la de informar— como su importancia han sido recogidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en diversas sentencias, cuyos considerandos destacados se reproducen a continuación:

> *"10º Que, este sistema, que consiste en que el contenido esencial y medular de la libertad de opinión y de informar es que se puede ejercer sin censura previa, ha sido reconocido, por lo demás, en los diversos textos constitucionales chilenos, de manera tal que la esencia del derecho que nos preocupa está en que este se ejerza libremente y que no exista censura previa que lo afecte".*[60]

> *"(…) esta [la libertad de expresión] constituye uno de los pilares de la democracia, cuestión de especial*

[59] José Luis Cea Egaña: *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II,* Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012, p. 420

[60] Tribunal Constitucional, rol Nº 226-95

importancia cuando ella se ejerce a través de un medio de comunicación social, como sucede en autos. Al respecto, se ha señalado que "la libertad de expresión es un derecho cuyo ejercicio pone al individuo en relación con sus conciudadanos, aspecto del que deriva su trascendencia política y su relevancia institucional" (ESPÍN, EDUARDO: Derecho Constitucional, Volumen I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 271)".[61]

"La libertad de información se erige, por su parte, en una subespecie de la libertad de expresión, que a su turno "es uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones más importantes para su progreso y el desarrollo individual", como lo ha enfatizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia del caso "Lingens v. Austria" (39, p.25, de 8.07.1986)".[62]

"Que la democracia únicamente puede existir de la mano del pluralismo, cuyo antecedente histórico es la tolerancia. El pluralismo se enmarca dentro de la libertad, tanto en el campo de las creencias e ideas como en el de las organizaciones voluntarias, entre las que cabe señalar a los partidos o movimientos políticos. Se define por el reconocimiento de la diversidad. su nombre deriva de la pluralidad de los ciudadanos y sus derechos. Es la antítesis de la uniformidad. El pluralismo comprende la libertad

[61] Tribunal Constitucional, rol N° 1463-09
[62] Tribunal Constitucional, rol N° 3329-17.

para elaborar ideas, el derecho a difundirlas y a organizarse para llevarlas a la práctica. En este sentido, es posible afirmar que "la democracia es tanto más real cuanto mayor libertad existe para que las corrientes de opinión y de voluntad de los individuos desemboquen, por medio de pequeñas y grandes asociaciones, en la formación de la voluntad estatal a través del parlamento".[63]

III. Regulación de la libertad de expresión en tratados internacionales vigentes, ratificados por Chile

Por su parte, el derecho a la libertad de expresión se encuentra ampliamente desarrollado en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes, y ratificados por Chile. En virtud del artículo 5º, inciso 2º del texto constitucional vigente, dichos tratados deben entenderse incorporados en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto la propia Constitución reconoce como límites a la soberanía los derechos esenciales de la naturaleza humana, estén estos garantizados por la Constitución, como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (PIDCP) reconoce este derecho en los siguientes términos:

"Artículo 19.

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión;

[63] Tribunal Constitucional, rol Nº 567-2010.

este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

En términos similares, la Convención Americana de Derechos Humanos lo reconoce de la siguiente forma:

"Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás,

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

IV. Reserva legal en la limitación de los Derechos Fundamentales y regulación específica de la libertad de expresión

Nuestro ordenamiento constitucional es explícito al establecer ciertas materias que se reservan a la esfera de competencia de los órganos colegisladores —el Congreso Nacional y el Presidente de la República— lo que se conoce como reserva legal.

Dentro de las materias de ley enumeradas en el artículo 63 de la Constitución se encuentra "toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico". En materia de derechos fundamentales, dicha disposición debe entenderse conjuntamente con el numeral 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental, el que dispone "La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

En este sentido, existiría un mandato expreso para que, toda norma de carácter general y obligatoria que regule o complemente las garantías que la Constitución establece, sean de jerarquía legal, además de prohibir expresamente que dichas leyes afecten los derechos en su esencia.

Por su parte, el constitucionalista Humberto Nogueira Alcalá señala que:

> *"La reserva de ley asegura que la elaboración, debate y aprobación de ciertas materias se produzca mediante el procedimiento legislativo parlamentario. Se trata que sea el Congreso Nacional el que regule las materias que el constituyente le ha dado mayor trascendencia e importancia, sometiéndolos al procedimiento legislativo, que se basa en los principios de publicidad, contradicción y debate, reforzándose respecto de estas materias el pluralismo político".*[64]

[64] Humberto Nogueira Alcalá: Informe sobre proyecto de ley que sanciona con cárcel a quienes nieguen, justifiquen o minimicen los delitos de lesa humanidad cometidos en Chile. Boletín Nª 8049-17, Talca, Estudios Constitucionales, Año 10 Nº 1, p. 410.

En determinados casos, el constituyente ha establecido exigencias aún mayores, estableciendo un quórum especial para determinados derechos fundamentales, pudiendo ser materias de ley orgánica constitucional, o bien leyes de quórum calificado.[65]

> *El Tribunal Constitucional ha reconocido la reserva legal en la regulación de derechos fundamentales en diversas sentencias: "Es principio general y básico del Derecho Constitucional chileno la "reserva legal" en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales, esto es, toca al legislador, y sólo a él, disponer normas al respecto, sin más excepción que la referente al derecho de reunión en lugares de uso público, regido su ejercicio por disposiciones generales de policía (artículo 19 Nº 13 de la Constitución), pero tanto aquellas regulaciones como ésta no puede jamás afectar el contenido esencial de tales derechos (artículo 19 Nº 26 de la Carta Fundamental)".*[66]

En la misma línea anterior, ha señalado que la facultad de regular o limitar derechos por la vía legal:

> *"jamás deberá interpretarse en el sentido que impida el libre ejercicio de ellos. Por otra parte, si bien al regular*

---

[65] Algunos ejemplos de lo anterior son la exigencia de quórum calificado para el restablecimiento de la pena de muerte (Art. 19 Nº 1), las que regulen las responsabilidades en el ejercicio de la libertad de expresión (Art. 19 Nº 12), la ley que regule las atribuciones y funcionamiento del Consejo Nacional de Televisión (Art. 19 Nº 12), las que regulan el derecho a la seguridad social (Art. 19 Nº 18), las que autorizan la actividad empresarial del Estado (Art. 19 Nº 21), las que establezcan limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de ciertos bienes (Art. 19 Nº 23); y la exigencia de leyes orgánicas constitucionales para la determinación de los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media, las que regulen los partidos políticos, y las que regulan las concesiones mineras.

[66] Tribunal Constitucional, rol Nº 239-96

> *se pueden establecer limitaciones y restricciones en el ejercicio de un derecho, claramente de acuerdo al texto de la Constitución, deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo (…). Que, no está demás recordar que conforme con lo que dispone imperativamente la Constitución, los órganos del Estado están al servicio de las personas y al cumplir su finalidad de bien común deben hacerlo con "pleno respeto" de sus derechos y garantías (artículo 1º, inciso 4º), debiendo incluso promover su ejercicio, esto es, sin vulneración, perturbación o privación de ellos, y se atenta en su contra cuando se infringe una garantía tan básica como es la 'reserva legal' dispuesta por la Constitución para la regulación de la materia".*[67]

Para el caso particular de la libertad de emitir opiniones e informar, el constituyente es aún más exigente, señalando que la regulación de las responsabilidades emanadas de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades deberá hacerse por medio de una ley de quórum calificado, es decir, que sea aprobada por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio. Con esta exigencia, el constituyente busca resguardar de forma especial la libertad de expresión, reconociendo su rol fundamental en una sociedad democrática. Es así como, no respetar esta exigencia constituye un acto atentatorio contra los principios de pluralismo y libertad propios del régimen democrático.

Este requisito ha sido también sostenido en la práctica legislativa de los últimos años. Así, durante la tramitación de la Ley Nº 19.733 sobre Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo —también

[67] Tribunal Constitucional, rol Nº 167-93.

conocida como "Ley de Prensa"— las normas que contemplan delitos fueron aprobadas con el quórum constitucionalmente exigido.[68] Lo mismo ocurrió con el proyecto de ley que "Sanciona con cárcel a quienes nieguen, justifiquen o minimicen los delitos de lesa humanidad cometidos en Chile" (Boletín N° 8049-17), presentado en el año 2011. El proyecto fue calificado por la Comisión de Constitución, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados como una norma que requería de quórum calificado para su aprobación.[69]

Recientemente, hubo un proyecto de ley que no respetó el quórum constitucionalmente exigido, el cual correspondía al Boletín N° 11.424-17 que "Tipifica el delito de incitación a la violencia". Dicho proyecto contenía, en su articulado, una norma que sancionaba penalmente a aquellas personas que justificaren, aprobaren o negaren las violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes del Estado en Chile, durante el periodo comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990. Una vez despachado el proyecto a su segundo trámite constitucional, 56 H. Diputados presentaron un requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, el cual fue acogido, reconociendo como uno de los vicios de constitucionalidad del proyecto el incumplimiento del quórum constitucionalmente exigido.

Sobre este punto, el Tribunal se pronunció de la siguiente forma:

> *"QUINTO: Que la Constitución ha dispuesto la exigencia excepcional de reserva de ley calificada a determinadas materias siguiendo una lógica que precisa un sentido formal y sustancial a dicha reserva.*

---

[68] Primer Informe de la Comisión de Constitución, Justicia y Reglamento del Senado, de fecha 9 de abril de 1996, recaído sobre el Boletín N° 1035-07, p. 5.

[66] Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, recaído en boletín N° 8049-17, de fecha 11 de julio de 2017, p. 1.

Es una garantía formal porque supone que solo existe una voluntad legislativa definida cuando ésta alcanza el voto afirmativo de la mayoría de los parlamentarios en ejercicio en cada una de las cámaras. Este es un quórum, a su vez, que se manifiesta como un obstáculo contra determinados eventos circunstanciales de ausencias en cada uno de los hemiciclos, sin que configuren un criterio contra mayoritario. Simplemente exige la mayoría absoluta reflejada en cada una de las cámaras del mismo modo en que lo definió el electorado.

También, es una garantía sustancial o material en el modo en que la Constitución ha considerado los principios, derechos y bienes jurídicos que protege una mayoría calificada. De este modo, la encontramos una buena cantidad de veces en la descripción de una regulación excepcional de restricciones o limitaciones partiendo desde cuestiones muy distintas a los derechos mismos. Así cautela el principio de responsabilidad fiscal de una deuda pública (artículo 63, numeral 7°) o el control estatal sobre las armas de fuego (artículo 103), estando la norma de quórum calificado definida como una regla especial y restrictiva.

Lo más relevante es la función de garantía material que cumple en el ámbito de determinados derechos y libertades, donde el requerimiento constitucional de exigir ese quórum se vincula a desarrollar la interpretación más amplia posible del derecho o libertad misma, siendo sus restricciones excepcionales y su interpretación limitada a supuestos específicos. Ese es el sentido con el que se ha impuesto el requisito de ese quórum (…)".[70]

[70] Tribunal Constitucional, rol N° 2529-20.

Tanto la CADH y el PIDCP antes citados reconocen expresamente en sus disposiciones que toda limitación en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión deben encontrarse expresamente fijadas por ley. En este sentido, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han desarrollado una línea jurisprudencial sobre los requisitos que deben cumplir las limitaciones a la libertad de expresión. Para ello, se ha desarrollado un "test tripartito" para controlar la legitimidad de dichas limitaciones. En consecuencia, se exige que (1) la limitación sea definida en forma clara y precisa a través de una ley formal y material, (2) la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos, autorizados por la Convención Americana, y (3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan, estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida, e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr.

Los mismos estándares han sido recogidos por el Tribunal Constitucional en la resolución de diversos casos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de ciertos artículos de la Ley de Prensa.

V. Limitaciones y responsabilidades ulteriores en el ejercicio de libertad de expresión

Tal como se desprende del texto del numeral 12 del artículo 19, el legislador está habilitado para regular responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión, cuando se cometan abusos o delitos en el mismo. Nuestro ordenamiento jurídico comprende sanciones para determinados delitos cometidos en el ejercicio de la libertad de expresión. Así, el Código Penal sanciona los delitos de calumnia (artículos 412 a 415) e injuria (artículos 416 a 420). Por su parte, la Ley N° 19.733 regula una serie de delitos cometidos a través de un medio de comunicación social (artículos 29 a 42).

Sobre este respecto, tanto el Tribunal Constitucional como diversas instancias internacionales, han sido en extremo cautos en la toma de decisiones relativas a limitaciones a la libertad de expresión, en especial en el caso europeo, donde las normas sobre democracia protegida y discursos de odio cuentan con un desarrollo legislativo avanzado.

El Tribunal Constitucional ha indicado que:

> *"La libertad de expresión no protege la comisión de delitos o el ejercicio abusivo de la misma, pero en ningún caso es admisible la censura previa (...). Esas limitaciones no pueden afectar las ideas, aunque irriten, alarmen, sorprendan o inquieten a las autoridades, como lo han señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Parti Communiste Unifié de Turquie et autre c. Turquie, p. 43, y Refah Partisi et autres c. Turquie, p. 89) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos" (...) Que, como se ha indicado, en nuestro ordenamiento jurídico existen normas legales que sancionan el ejercicio abusivo de la libertad de expresión, tal como lo prescriben la Constitución y los tratados internacionales antes indicados. Entre ellas, cabe mencionar los delitos de calumnia e injuria, tipificados en los parágrafos 6 y 7 del Título VIII del Libro II del Código Penal; los ilícitos previstos en la Ley No 19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo; y las demás normas sobre responsabilidad civil derivada del ejercicio abusivo y dañino de la libertad de expresión. En especial, la Ley No 19.733 castiga en forma específica el llamado "discurso del odio" en su artículo 31, que sanciona al "que por cualquier medio de comunicación social realizare publicaciones o transmi-*

> *siones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de personas o colectividades en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad".* [71]

En el plano internacional, resulta pertinente destacar el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Palamara Ibarne v. Chile:*

> *"la «necesidad» y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas en el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 de la Convención garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión".*[72]

---

[71] Tribunal Constitucional, rol N° 567-06.

[72] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Palamara Ibarne vs. Chile, p. 85

Incluso en aquellos casos en que se ha ratificado la decisión de los tribunales de justicia de sancionar a una persona aplicando las leyes que prohíben el negacionismo, el Comité Europeo de Derechos Humanos ha manifestado su preocupación por las implicancias de leyes de esta naturaleza. Uno de los casos en que se produjo este fenómeno fue el caso *Faurrison v. Francia.*

En la opinión individual de Nisuke Ando (concordante con lo resuelto por el Comité) se consigna que:

> *"Si bien no me opongo a la adopción del dictamen por el Comité de Derechos Humanos en el caso presente, quisiera expresar mi preocupación acerca del peligro que pudiera suscitar la legislación francesa de que se trata, a saber, la Ley Gayssot. Según la entiendo, la Ley penaliza la negación ("contestation" en francés) por uno de los medios enumerados en el artículo 23 de la Ley sobre la libertad de prensa de 1881, de uno o varios de los delitos contra la humanidad en el sentido al artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (véase párrafo 4.2). Entiendo que si no se interpreta rigurosamente, la expresión "negación" ("contestation"), podría abarcar diversas formas de expresión de opiniones y, por consiguiente, plantea la posibilidad de amenazar o menoscabar el derecho de libertad de expresión, que constituye un requisito indispensable para el funcionamiento de una sociedad democrática".*[73]

[73] Robert Faurisson v. France, Comunicación No. 550/1993, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/550/1993 (1996)

Algo similar se sostiene en la opinión individual de Elizabeth Evatt y David Kretzmer, confirmada por Eckart Klein (también concordante con lo resuelto por el Comité):

> *"La Ley Gayssot está redactada en un lenguaje muy amplio y aparentemente prohíbe la publicación de investigación bona fide conectada con cuestiones acerca de las cuales haya adoptado decisiones del Tribunal de Nuremberg. Aun cuando el propósito de esta prohibición sea proteger el derecho a verse libre de la incitación al antisemitismo, las restricciones impuestas no satisfacen la prueba de la proporcionalidad. No vinculan la responsabilidad a la intención del autor ni a la tendencia de la publicación a incitar al antisemitismo. Además, el objetivo legítimo de la ley podría haberse logrado ciertamente mediante una disposición menos drástica que no supusiera que el Estado Parte habría tratado de convertir verdades y experiencias históricas en dogma legislativo inatacable, independientemente del objetivo del ataque y de sus probables consecuencias".*[74]

Finalmente, es necesario tener presente la Observación General Nº 34 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la que si bien no es un instrumento vinculante para los Estados partes, sí entrega elementos para complementar el sentido y alcance del artículo 19 del PIDCP antes citado:

> *"Las leyes que penalizan la expresión de opiniones sobre hechos históricos son incompatibles con las obligaciones*

[74] Ídem.

> *que el Pacto impone a los Estados partes en lo tocante al respeto de las libertades de opinión y expresión. El Pacto no autoriza las prohibiciones penales de la expresión de opiniones erróneas o interpretaciones incorrectas de acontecimientos pasados. No deben imponerse nunca restricciones al derecho a la libertad de opinión y, en cuanto a la libertad de expresión, las restricciones no deberían exceder de lo autorizado en el párrafo 3, o de lo prescrito en el artículo 20".*[75]

VI. Competencias de la Convención Constitucional en el marco de la regulación de la libertad de expresión

En consideración de lo expuesto en apartados anteriores, resulta pertinente puntualizar ciertos temas que son de relevancia para el debate en el marco de la Convención Constitucional.

Tanto nuestro ordenamiento constitucional vigente, como los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile que se encuentran vigentes, son categóricos en señalar que las limitaciones a derechos fundamentales deben interpretarse de forma restrictiva, correspondiendo su regulación a la esfera de competencia exclusiva de los órganos colegisladores, y teniendo absolutamente vedada la posibilidad de interferir en la esencia misma de los derechos sometidos a dicha limitación. Dicho lo anterior, resulta pertinente recordar el artículo 135 de la Constitución vigente, que establece los límites dentro de los cuales puede obrar la Convención Constitucional:

---

[75] Observación General Nº 34 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Disponible en: https://bit.ly/3lpaeK7

"Artículo 135. Disposiciones especiales.

La Convención no podrá intervenir ni ejercer ninguna otra función o atribución de otros órganos o autoridades establecidas en esta Constitución o en las leyes.

Mientras no entre en vigencia la Nueva Constitución en la forma establecida en este epígrafe, esta Constitución seguirá plenamente vigente, sin que pueda la Convención negarle autoridad o modificarla.

En conformidad al artículo 5º, inciso primero, de la Constitución, mientras la Convención esté en funciones la soberanía reside esencialmente en la Nación y es ejercida por el pueblo a través de los plebiscitos y elecciones periódicas que la Constitución y las leyes determinan y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Le quedará prohibido a la Convención, a cualquiera de sus integrantes o a una fracción de ellos, atribuirse el ejercicio de la soberanía, asumiendo otras atribuciones que las que expresamente le reconoce esta Constitución.

El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

En consecuencia, de acuerdo al texto expreso de la Constitución Política de la República vigente, existe una prohibición categórica a la Convención Constitucional de atribuirse facultades que corresponden a otros órganos del Estado, en este caso el Congreso Nacional y el Presidente de la República. Esta infracción a la Carta Fundamental vendría

dada por la aprobación de normas de rango infralegal —en este caso un reglamento— que limitan de forma evidente el derecho a la libertad de expresión, materia que de acuerdo a lo expresado anteriormente, quedan reservadas al Congreso Nacional y al Presidente de la República en su calidad de colegisladores, además de exigirse un quórum calificado para su aprobación. Hacemos presente que hoy no existe una norma que sancione los discursos negacionistas en los términos que se han planteado en el debate en las Comisiones de la Convención, de manera que no existiría una habilitación de rango legal que permitiera la regulación a nivel reglamentario de estos discursos.

Esta acción también implicaría una contravención al texto expreso de tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes, los cuales ratifican la exigencia antes señalada, de acuerdo a los artículos 19 del PIDCP y 13 de la CADH.

Asimismo, es necesario tener presente en la discusión de fondo el derecho a la libertad de emitir opiniones y de informar, la regulación internacional que se ha dado a este derecho así como su desarrollo jurisprudencial, especialmente en lo relativo a los resguardos que se exigen para para su limitación y el establecimiento de responsabilidades ulteriores en el ejercicio de este derecho. Esto, por cuanto la libertad de expresión es una piedra angular en toda sociedad democrática, por cuanto permite el debate de ideas y el pluralismo.

VII. Conclusiones

Sin duda, la libertad de expresión es uno de los derechos que requieren del mayor resguardo en una sociedad democrática, por cuanto ésta permite el diálogo entre sus integrantes, la formación de la opinión pública, y el pluralismo necesario para ello, de manera que tanto el constitu-

yente como el legislador deben ser en extremo cautelosos en los términos que se utilizan para resguardarlos. La posibilidad de manifestar opiniones libremente, sin el temor de un control oficial o de una censura previa es una de las formas más claras en que una Constitución puede limitar el poder del Estado frente a sus ciudadanos, quienes pueden cuestionar o valorar sus actuaciones, mediante un juicio crítico.

La importancia de este derecho ha sido enfatizada en reiteradas ocasiones, tanto por órganos internacionales como por la justicia constitucional nacional, lo que demuestra el amplio consenso que existe en la necesidad de su resguardo frente a los obstáculos que se le quieran imponer. Sin embargo, esto no obsta que, por la vía legislativa, se puedan establecer responsabilidades ulteriores en casos en que exista un ejercicio abusivo de esta libertad, que acabe por afectar la honra, dignidad o vida privada de las personas. Sobre este punto, somos enfáticos en señalar dos cosas. En primer lugar, el carácter de estas responsabilidades siempre debe ser posterior a la manifestación de opinión, ya que de lo contrario se incurre en una forma de censura previa, lo que es inadmisible en un ordenamiento verdaderamente democrático. En segundo lugar, la responsabilidad debe ser proporcional a la infracción cometida, además de establecerse en términos que sean claros, precisos y conocidos por la sociedad en general, de manera que no se abran espacios a arbitrariedades por parte del órgano encargado de imponer las sanciones respectivas. Así, siempre el legislador o el constituyente deberán optar por aquel mecanismo que sea menos lesivo en la limitación del derecho fundamental, y procurando jamás afectarlo en lo que se conoce como su núcleo esencial.

Del estudio de las normas nacionales e internacionales, así como de la jurisprudencia sobre la materia, resulta del todo claro que toda limitación a un derecho fundamental debe hacerse por ley, y en el caso de la libertad de expresión, ésta debe ser de quórum calificado. En consecuencia, al

no existir el negacionismo como una figura jurídica reconocida en una norma de rango legal, no existiría una habilitación a la Convención Constitucional para regularlo por una norma de rango inferior, como lo es un reglamento de funcionamiento interno de la misma. Admitir este tipo de regulación sería una infracción manifiesta al texto expreso de la Constitución vigente, así como a los tratados internacionales sobre derechos humanos antes citados, lo que está expresamente vedado a la Convención, según las propias normas que habilitaron su funcionamiento.

Referencias bibliográficas

1. Arancibia Mattar, J. (2020) *Constitución Política de la República de Chile. Edición Histórica.Origen y trazabilidad de sus normas desde 1812 hasta hoy* Santiago: Ograma.

2. Cea Egaña, J.L (2012) *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II.* Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Palamara Ibarne vs. Chile, párr. 85

4. Nogueira Alcalá, H. (2012) *Informe sobre proyecto de ley que sanciona con cárcel a quienes nieguen, justifiquen o minimicen los delitos de lesa humanidad cometidos en Chile. Boletín Nª 8049-17.* Talca: Estudios Constitucionales, Año 10 Nº 1.

5. Observación General Nº 34 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Disponible en: https://bit.ly/3lpaeK7

6. Primer Informe de la Comisión de Constitución, Justicia y Reglamento del Senado, de fecha 9 de abril de 1996, recaído sobre el Boletín Nº 1035-07, p. 5.

7. Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, recaído en boletín N° 8049-17, de fecha 11 de julio de 2017, p. 1.

8. Robert Faurisson v. France, Comunicación No. 550/1993, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/550/1993 (1996)

9. Tribunal Constitucional, rol Nº 226-95

10. Tribunal Constitucional, rol Nº 1463-09

11. Tribunal Constitucional, rol Nº 3329-17.

12. Tribunal Constitucional, rol Nº 567-2010.

13. Tribunal Constitucional, rol Nº 239-96

14. Tribunal Constitucional, rol Nº 167-93.

15. Tribunal Constitucional, rol Nº 2529-20.

16. Tribunal Constitucional, rol Nº 567-06.

17. Vivanco Martínez, A. (2006) *Curso de Derecho Constitucional: Aspectos dogmáticos de la Constitución de 1980, Tomo II.* Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 4

Fundamentación de los derechos humanos desde la perspectiva clásica y cristiana

JOSÉ IGNACIO PALMA ARANCIBIA [76]

I. Introducción

Los apartados de derechos fundamentales de las distintas constituciones del mundo (incluyendo la chilena) se fueron consolidando durante el siglo XX como la contracara estatal de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, y de los tratados internacionales posteriores que se inspiraron en ella. Hablar de derechos fundamentales es remitirse al debate por la definición de los derechos humanos.

Aunque la idea de derechos humanos recibe hoy un respaldo transversal e irrestricto de los distintos sectores políticos, sabemos que quienes la invocan en el debate recurren a distintos sustratos teóricos para

[76] Investigador del Programa Estudios Constitucionales de la Fundación Jaime Guzmán. Cientista Político de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Recientemente fue aceptado en MSc en Teoría Política en el London School of Economics.

fundamentarla. No es difícil notar que quien defiende el derecho humano a la vida del que está por nacer y quien reclama un derecho humano al aborto, a pesar de utilizar el mismo concepto, se refieren en verdad a algo distinto.

El objetivo de este trabajo es dar cuenta de una de las perspectivas existentes para fundamentar este concepto: la tradición clásica y cristiana, también llamada iusnaturalista. Sus principales exponentes son Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, quienes no concibieron el concepto de derechos humanos ya que su aparición, bajo el nombre de "derechos del hombre", no fue sino hasta el siglo XVIII. No obstante, hay pensadores contemporáneos que, inspirados en ellos, han trabajado el concepto.

En esta oportunidad expondremos sucintamente el desarrollo de dos pensadores contemporáneos de la fundamentación de los derechos humanos: John Finnis (1940) y Pierre Manent (1949). Ambos, de alguna u otra manera, buscan responder a la pregunta ¿cómo se relaciona la idea de ley natural, propia de la tradición clásica y cristiana, con el concepto moderno de derechos humanos? Como se verá, a pesar de que los dos escriben parados sobre la misma tradición, su manera de abordar la pregunta es totalmente distinta.[77]

Finalmente, en el apartado de las conclusiones, se realizará un análisis sobre las coincidencias y discrepancias entre ambos autores, para luego identificar los lineamientos que pueden ser valiosos para la discusión constitucional sobre derechos fundamentales en nuestro país.

---

[77] Por motivos de espacio, nos vemos obligados a resumir en pocas páginas los postulados de estos autores. Recomendamos dirigirse a la bibliografía señalada en el apartado final de este trabajo para profundizar en sus argumentos.

II. John Finnis y la compatibilidad entre la Ley Natural y Derechos Humanos

John Finnis es un filósofo del Derecho, de origen australiano y que ha ejercido como académico de prestigiosas instituciones como la Universidad de Oxford y la Universidad de Notre Dame. Su trabajo ha estado centrado en el estudio de la filosofía jurídica iusnaturalista, buscando rescatarla en tiempos de predominancia del positivismo jurídico y la filosofía analítica.

El tratamiento de Finnis al concepto de derechos humanos está contenido principalmente en dos textos: El capítulo VIII de su obra magna *Ley natural y derechos naturales* (Abeledo Perrot, 2000) y el libro *Tomás de Aquino: Teoría moral, política y jurídica* (Oxford University Press, 1998). El primero de ellos parte con una afirmación que fácilmente puede ser identificada como la tesis central de Finnis en materia de derechos humanos:

> *"Casi todo este libro versa sobre los derechos humanos ("derechos humanos" es un modismo contemporáneo para "derechos naturales": yo uso las expresiones como sinónimos). Porque, como veremos, la gramática moderna de los derechos proporciona una forma de expresar virtualmente todas las exigencias de la razonabilidad práctica".*[78]

El objetivo de Finnis es demostrar que la noción de derechos humanos es compatible con la tradición clásica y cristiana y, por tanto, con la idea de ley natural. Tanto es así, que incluso llega afirmar que Santo Tomás, a

[78] John Finnis (2000) *Ley Natural y Derechos Naturales.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 227.

pesar de no utilizar el concepto de derechos humanos, lo poseía de manera implícita.[79]

Claramente Finnis sabe que este no es el camino predominante para fundamentar los derechos humanos en el debate jurídico y político actual. Lo que busca, más bien, es ayudar a la tradición iusnaturalista a entrar en ese debate adoptando la gramática moderna de los derechos, a la vez que mantiene la coherencia consigo misma. Esta adopción es positiva, en su opinión, pues permite expresar los dictámenes de la ley natural de manera más flexible y precisa.

Pero antes de adentrarnos en la tesis de Finnis sobre los derechos humanos, y dado que los entiende como sinónimos, conviene hacer un breve repaso al concepto de derecho natural inspirado en la tradición clásica. Para ello, recurriremos de manera acotada a Aristóteles y Santo Tomás.

a. Aristóteles: la felicidad y la justicia natural

Aristóteles entendía la naturaleza humana como una cierta actividad dirigida a un fin, a un *telos.* A ese *telos* humano el estagirita lo denominará *eudaimonia* o, como ha sido traducida recurrentemente al español, *felicidad.*[80] Lejos de entenderla como una emoción pasajera, la felicidad consiste en una en una actividad del ser humano conforme a la razón (facultad que le es propia y exclusiva), y más concretamente, en una actividad del alma conforme a la virtud.[81] Para Aristóteles la persona realiza su *telos,* se perfecciona, en la medida que actúa con virtud, siendo una de ellas —y la que nos interesa más para el propósito de este artículo— la justicia.

---

[79] John Finnis (2019) *Tomás de Aquino: Teoría moral, política y jurídica.* Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad, p. 174-175

[80] Aristóteles (2015) *Ética a Nicómaco.* Madrid: Alianza Editorial, p.70.

[81] Aristóteles (2015) *Ética a Nicómaco,* p.71.

La justicia es comprendida por Aristóteles en una doble dimensión: la justicia natural y la justicia legal. La justicia natural es aquella que dice relación con el fin último y esencial al ser humano, y por eso tiene la misma validez en todas partes.[82] La felicidad y los bienes humanos en los que ella consiste se vuelven el criterio para juzgar la moralidad o inmoralidad de los actos que dicen relación con terceros. Ello no cambia según el lugar donde se está parado. Lo que sí puede cambiar es aquello que es materia de justicia legal o positiva.[83] Vamos con un ejemplo: respetar las normas del tránsito, en cuanto ello nos permite conservar la propia vida y la de los demás, es justo por naturaleza. Un atentado contra la vida de un tercero conflictúa, claramente, con el perfeccionamiento humano y su fin último entendido como *felicidad*. Sin embargo, las normas de tránsito pueden ser distintas en todas partes. Que la luz roja signifique parar es una convención, no un precepto de la naturaleza. Así, el respeto de las normas de tránsito como modo de preservar la vida es un asunto de la justicia natural, pero la manera específica en que dichas normas son convenidas es un asunto de la justicia legal.

b. Santo Tomás de Aquino: los bienes humanos y los primeros principios de la razón práctica

Como hemos visto, en los escritos de Aristóteles no se halla una teoría de la ley natural sino de las virtudes (y en este caso concreto, de la justicia). Será Santo Tomás de Aquino quien realizará el ejercicio de compatibilizar el concepto de ley natural, proveniente de la tradición jurídica romana y estoica, con la noción de lo justo natural del estagirita. Para ello, el aquinate

[82] Aristóteles (2015) *Ética a Nicómaco,* p.194.
[83] Ibídem.

recurre a la idea aristotélica de *primeros principios.*[84] Volvamos a Finnis para exponer de manera adecuada el argumento tomista.

En *Tomás de Aquino: Teoría Moral, Política y Jurídica,* John Finnis explica que Santo Tomás adhería a la concepción teleológica de la naturaleza humana ideada por Aristóteles. Llamó al fin último de la persona la *beatitudo* o bienaventuranza, la cual es compatible con la idea de felicidad aristotélica.[85] La *beatitudo* es la síntesis de un conjunto de bienes humanos básicos a los que cualquier persona, por naturaleza, se inclina.[86] ¿Cuáles son estos bienes, fines o motivos humanos básicos? Aunque no llega nunca a desarrollar una lista exhaustiva de ellos, a lo largo de sus escritos Santo Tomás menciona algunos, como la inclinación a preservar la vida humana; la inclinación a la unión entre el hombre y la mujer, la preservación de la especie y la crianza de los hijos, y la inclinación a vivir en sociedad, la cual incluye también la inclinación hacia la amistad y la justicia.

Todos estos objetos, que la razón práctica concibe naturalmente como bienes, dan lugar a lo que Santo Tomás denomina los primeros principios de la razón práctica. El primer principio, que engloba a todos los otros, es "el bien ha de ser hecho y perseguido, y el mal ha de ser evitado".[87] Puesto en el lenguaje de los bienes humanos mencionados, la articulación sería la siguiente: "X (digamos, la vida humana) es un bien que ha de ser perseguido y preservado, y lo que perjudica a X es malo, ha de

---

[84] Joaquín García-Huidobro (1999) ***La recepción de la doctrina aristotélica sobre el derecho natural en el comentario de la Ética a Nicómaco de Tomas de Aquino.*** Revista Anuario Filosófico n°32, p. 232.

[85] La *bienaventuranza* tomista y la *felicidad* aristotélica no son exactamente lo mismo. Podría decirse que la noción *beatitudo* contiene a la de *eudaimonia.* La primera consiste tanto en una bienaventuranza perfecta y supra natural, que considera una faz teológica (el conocimiento de Dios), como en una bienaventuranza imperfecta, entendida como el florecimiento humano en la vida terrena (Finnis, 2019, pp. 132-140). Esta última, la *beatitudo imperfecta,* es asimilable al concepto de *felicidad* de Aristóteles, a pesar de que Santo Tomás poseía una sistematización de las virtudes más complejo que la del estagirita, agregando a las clásicas virtudes cardinales (prudencia, justicia, fortaleza y templanza) las llamadas virtudes teologales (caridad, fe y esperanza).

[86] John Finnis (2019) *Tomás de Aquino: Teoría moral, política y jurídica,* p. 108.

[87] John Finnis (2019) *Tomás de Aquino: Teoría moral, política y jurídica,* p. 109.

ser evitado".[88] Así, la noción de lo justo natural aristotélica toma la forma de dictámenes que guían la razón práctica: los primeros principios, que reciben también el nombre de leyes naturales.[89]

Ha de notarse que estos principios o leyes naturales están expresados en modo directivo. Dictaminan lo que "ha de hacerse", lo que "debe ser",[90] sin referirse en específico al deber que tendría una persona de hacer o no hacer un determinado acto, ni al derecho que tendría para exigir que un tercero haga o no haga el mismo acto. ¿Cómo llega entonces la tradición iusnaturalista a la noción de derechos naturales? Finnis nos dice que esto se explica porque Santo Tomás no tenía el concepto de derecho moderno entendido como (y aquí Finnis toma la clasificación del jurista Wesley Newcomb Hohfeld) la exigencia, libertad, poder o inmunidad que poseería una persona. El concepto que tenía era el de *ius,* heredado del derecho romano. El significado primario de *ius* es "lo justo",[91] lo cual no hace referencia a ningún agente particular en el marco de una acción. En la transición hacia el concepto de derecho natural jugarán un papel clave el jesuita español Francisco Suárez y el neerlandés Hugo Grocio, y sus respectivos tratamientos del concepto de ius. Ambos cambiarán el sentido de ius propuesto por Tomás de Aquino: Suárez lo concibe como "una clase de poder moral que todo hombre tiene" y Grocio como "una cualidad moral de la persona".[92] Como se observa, las exigencias de la justicia ya no son expresadas de manera neutra, sino que desde la perspectiva de la persona que es beneficiaria de una relación de justicia. Se trata de una facultad que la persona poseería, de un derecho. Un derecho natural, a diferencia del mandato directivo de la ley natural

[88] John Finnis (2019) *Tomás de Aquino: Teoría moral, política y jurídica,* p. 109-110.
[89] John Finnis (2019) *Tomás de Aquino: Teoría moral, política y jurídica,* p.172.
[90] John Finnis (2019) *Tomás de Aquino: Teoría moral, política y jurídica,* p. 110.
[91] John Finnis (2000) *Ley Natural y Derechos Naturales,* p. 235.
[92] John Finnis (2000) *Ley Natural y Derechos Naturales,* p. 235-236.

(lo que "ha de hacerse"), se expresa como exigencia, libertad, poder o inmunidad. Por ejemplo: Sujeto A tiene el derecho-exigencia a que sujeto B no atente contra su vida.

c. Las conclusiones de Finnis

Finnis observa, siguiendo el razonamiento anterior, que el concepto de derechos naturales (y por tanto el de derecho humanos, pues los entiende como equivalentes), es coherente con el pensamiento tomista. Incluso llega a señalar que "aunque Tomás de Aquino jamás usa una expresión que se pueda traducir como "derechos humanos", no cabe duda de que tiene el concepto correspondiente".[93] Finnis sostiene que el concepto ius, justamente porque versa sobre lo justo (lo que "ha de hacerse"), contiene a su vez, de manera implícita, la noción de derecho, que no sería más que la ley natural —una exigencia de la razonabilidad práctica o primer principio— planteada desde el punto de vista del beneficiario en una relación de justicia.

Como adelantamos en un principio, Finnis valora esta adhesión al lenguaje de la tradición iusnaturalista como algo positivo. Si bien afirma que "el énfasis moderno en los poderes del titular del derecho, con la consiguiente bifurcación sistemática entre derecho y deber, es algo que unos juristas refinados no echaron de menos durante toda la existencia del derecho romano clásico",[94] también cree que el lenguaje de los derechos naturales o humanos, al ser más flexible y específico en su punto de vista (el del beneficiario), "es susceptible de ser usado de un modo más diferenciado y con mayor precisión que el uso premoderno de «el derecho»".[95]

---

[93] John Finnis (2019) *Tomás de Aquino: Teoría moral, política y jurídica,* p. 174.
[94] John Finnis (2000) *Ley Natural y Derechos Naturales,* p. 237.
[95] Ibídem.

III. Pierre Manent y el rescate de la razón práctica

Pierre Manent es un académico francés especializado en filosofía política y heredero de la tradición de Raymond Aaron y Alexis de Tocqueville. Dos de los escritos donde aborda de manera profunda el asunto de los derechos humanos es en el capítulo IX titulado *Declarar los derechos del hombre* de su libro *Curso de filosofía política* (titulado en francés como *Cours familier de philosophie politique,* 2000), como también en su más reciente publicación *Ley Natural y los Derechos Humanos* (titulado al inglés como *Natural law and human rights: Toward a recovery of practical reason,* University of Notre Dame Press, 2020).

A diferencia de Finnis, Manent no afirma que las nociones de derechos humanos y derechos naturales (en el sentido de la tradición clásica y cristiana) sean equivalentes. Los derechos humanos provienen, más bien, de lo que él denomina el proyecto político moderno.[96] Aunque a primera vista similares, el concepto de derechos naturales que inspira a la *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano* (1789) durante la Revolución Francesa y luego a los tratados de derechos humanos en el siglo XX, difiere de la idea de leyes y derechos naturales de la tradición iusnaturalista, en cuanto abandona la idea de la naturaleza como *telos*.

a. Maquiavelo y el realismo político

Manent sostiene que el origen de esta divergencia se encuentra en Maquiavelo, en primera instancia, y en Thomas Hobbes, en segunda. Este famoso pasaje de Maquiavelo en *El príncipe* es un buen punto de

[96] Pierre Manent (2020). *Natural law and human rights: Toward a recovery of practical reason,* p. 8.

partida para ilustrar el nacimiento del proyecto moderno y su visión sobre los derechos:

> *"Muchos han imaginado repúblicas y principados que nunca han sido vistos ni conocidos en la realidad, y es que hay tanta diferencia entre cómo se vive y cómo habría que vivir, que el que no se ocupa de lo que se hace para preocuparse de lo que habría que hacer, aprende antes a fracasar que a sobrevivir. Porque es inevitable que un hombre que quiera hacer en todas partes profesión de bueno se hunde entre tantos que no lo son. Por eso es necesario que un príncipe que se quiera mantener aprenda a no ser bueno, y a utilizar esa capacidad según la necesidad".*[97]

Como se observa, Maquiavelo detecta una brecha entre lo que las cosas son y lo que deberían ser.

Los ideales normativos que plantea la tradición iusnaturalista, aquel fin de la naturaleza humana, es imposible de alcanzar. Por más que se imaginen comunidades políticas virtuosas, la realidad es que las personas incurren en vicios, y un buen príncipe o gobernante debe ser consciente de ello. Como nos señala Manent, para Maquiavelo las directrices de la ley natural son insuficientes para mantener a los seres humanos juntos y en paz.[98] Por lo mismo, el príncipe debe estar dispuesto a utilizar el miedo. Infringir el miedo a la pérdida de lo propio (incluyendo la vida), en el marco de una realidad de individuos desorientados que no saben qué "ha de hacerse", es el mejor instrumento para mantener la paz.

---

[97] Nicolás Maquiavelo(2003) *El príncipe. Madrid: Espasa,* p. 109.
[98] Pierre Manent (2020). *Natural law and human rights: Toward a recovery of practical reason,* p.29.

b. Thomas Hobbes y el abandono de la razón práctica

Hobbes, nos dice Manent, toma dos elementos clave del pensamiento de Maquiavelo. En primer lugar, la idea del miedo como único motivo o bien humano determinado.[99] Segundo, la pretensión de construir una teoría política ya no desde la razón práctica del individuo, sino desde la perspectiva del Estado. Desarrollemos estos puntos.

La naturaleza humana, desde la perspectiva de Hobbes, es una desprovista del sentido teleológico aristotélico y tomista, según el cual la persona persigue, por inclinación natural, un conjunto de bienes humanos básicos y que realiza a través de la virtud. Para el autor del *Leviatán,* la naturaleza es un estado pre político, un estado donde el único motivo humano determinado es el miedo a la muerte y la búsqueda de la supervivencia. Pero lo que más le llama la atención a Manent es que en este estado de la naturaleza los seres humanos tienen derecho a todo.

Para Hobbes, los derechos no son un conjunto de facultades de la persona que se desprenden de la ley natural. El ser humano, más bien, posee un derecho a todo que solo es limitado en segunda instancia por un pacto social entre las personas que da origen al Estado y las leyes. Pero las limitaciones legales que establece el Estado apuntan a hacerse cargo solamente del único motivo humano que para Hobbes se encuentra determinado: el miedo a la muerte.[100] Fuera de todo aquello que verse sobre el mantenimiento de la paz, el ser humano continúa poseyendo su derecho natural a reclamarlo todo.

Manent habla de "todo" pues hace notar que Hobbes no se pronuncia sobre otros motivos humanos determinados más allá del miedo. Aquel conjunto de bienes humanos básicos identificados por Santo Tomás, en Hobbes quedan reducidos a la indeterminación. En el contrato social ho-

---

[99] Pierre Manent (2020). *Natural law and human rights: Toward a recovery of practical reason,* p. 44.
[100] Pierre Manent (2020). *Natural law and human rights: Toward a recovery of practical reason,* p. 22.

bbesiano no hay espacio para la ley como una guía para la razón práctica, pues carece de sentido si los motivos humanos no se encuentran determinados.[101] Como hemos mencionado, la teoría política de Hobbes es una teoría del Estado, de un tercero abstracto, y no del agente racional concreto que toma decisiones morales en vistas a perfeccionarse. Por tanto, sobre cualquier reclamo de un derecho del individuo a un motivo indeterminado, al Estado no solo no le corresponde pronunciarse desde el punto de vista de la normatividad (del "deber ser"), sino que, como es observable hoy en día, debe respetarlo y garantizarlo.

Volvamos al ejemplo que utilizamos en un principio de este artículo para ilustrar de mejor manera el conflicto que trae consigo esta articulación teórica. La mujer que reclama para sí el derecho a decidir sobre su cuerpo y abortar al niño no nacido entre en conflicto con aquella que reclama el derecho a la vida de ese mismo niño. Como la vida del que está por nacer, en el marco del proyecto político moderno, no es un bien humano básico determinado (pues quien está por nacer no puede expresar su miedo a la muerte y su inclinación a la supervivencia), el Estado queda atrapado ante la exigencia de garantizar dos derechos que colisionan y parecen irreconciliables. Luego, será un rol de la deliberación democrática decidir por qué alternativa inclinarse, sin tener un marco común de motivos humanos que utilizar como referencia.

c. Las conclusiones de Manent

Los derechos humanos modernos, tal y como los conocemos, son herederos en gran parte de esta tradición. Por lo mismo, nos dice Manent, el concepto no tuvo en un principio el nivel de aceptación con el que cuenta hoy. La Iglesia Católica, por ejemplo, anclada en la tradición de la

[101] Ibídem.

ley natural heredada de Santo Tomás, fue escéptica ante la idea por mucho tiempo. No fue sino hasta la segunda mitad del siglo XX, bajo el alero del Concilio Vaticano II, que la Iglesia adoptó el concepto de derechos humanos. De hecho, Manent señala que Juan Pablo II "afirmó en varias oportunidades que la idea de los derechos humanos era básicamente una idea cristiana".[102] Como es de esperar, la fundamentación de los derechos humanos a la que adhiere la Iglesia se asimila mucho más a la planteada por Finnis que a la del proyecto moderno descrito por Manent.

¿Cómo resolver esta discrepancia entre las distintas visiones para fundamentar los derechos humanos, la cual, como hemos visto, lleva a escenarios de conflicto entre derechos irreconciliables? ¿Cómo abordar este problema, desde la tradición clásica y cristiana, en un contexto donde el reclamo de derechos se ha convertido en un equivalente al desenvolvimiento absoluto de la autonomía individual, sin marcos de referencia comunes? Sin pretender cerrar la discusión, Manent plantea sugerencias que, aunque probablemente no resuelvan el problema en su totalidad, sí pueden ayudar a orientar a aquellos que adscriben a la tradición iusnaturalista para sumergirse en el debate de los derechos humanos.

El llamado del francés, como dice el mismo título de su libro, es a recuperar la razón práctica. En un contexto donde los derechos humanos pierden consistencia y significado, resulta fundamental traer de vuelta la conversación sobre la determinación de los motivos o bienes humanos básicos.[103] Solo bajo el marco de estos criterios compartidos es posible ofrecer directrices (o leyes naturales) aprehensibles por la persona y su razón práctica, y alcanzar así la *felicidad* y el bien común.

Así, Manent propone de cierta manera "desembriagarse" del uso excesivo del lenguaje de los derechos y reivindicar el lugar de la ley como

---

[102] Pierre Manent (2016) *Curso de filosofía política.* Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad, p. 171.
[103] Pierre Manent (2020). *Natural law and human rights: Toward a recovery of practical reason,* p. 100-101.

medida de los actos morales del ser humano, como principios prácticos que encaminan al bien común.[104] Para esa tarea, nos dice, volver a leer a Santo Tomás de Aquino puede ser de gran ayuda.[105]

IV. Conclusiones

Como pudimos ver, John Finnis y Pierre Manent, aunque nos hablan desde la misma tradición filosófica y política, abordan el asunto de la fundamentación de los derechos humanos de manera distinta. Finnis, por una parte, nos llama a quienes adscribimos a la teoría clásica y cristiana a tomar como propio el concepto de derechos humanos. Manent, por su parte, es más escéptico frente al uso del mismo, y propone recuperar el lenguaje de la ley natural y su rol de guía para la razón práctica.

Por supuesto, ambas visiones son compatibles. Es posible reivindicar el lugar de la ley, de los primeros principios de la razón práctica, abrazando a su vez el lenguaje de los derechos. Nos parece que el esfuerzo que ha realizado John Finnis por demostrar la equivalencia entre derechos humanos y naturales, y su coherencia con la tradición iusnaturalista, es un aporte sumamente valioso que debe motivar a quienes se sienten parte de dicha tradición a entrar en el debate por la fundamentación de los derechos humanos. Esto implica defender que los derechos humanos son más que un conjunto de normas positivas en un tratado internacional o en una constitución. Como variaciones de la ley natural, ellos emanan de la misma esencia humana y deben ser promovidos como instrumentos para el perfeccionamiento de la persona y el bien común.

Rescatar la razón práctica, como propone Manent, es una misión que

---

[104] Pierre Manent (2020). *Natural law and human rights: Toward a recovery of practical reason,* p. 124.
[105] Pierre Manent (2020). *Natural law and human rights: Toward a recovery of practical reason,* p. 119.

debe ir de la mano con lo anterior. Para ello quizás sea inteligente volver al significado de *ius* como "lo justo", y no solo como derecho/facultad. La idea de "lo justo" como lo que "ha de hacerse" admite la bifurcación tanto en el lenguaje de los derechos como de los deberes. La idea de los deberes, aunque siempre presente en el debate, no ha sido reivindicada con la misma fuerza que los derechos. Sin embargo, vale la pena rescatar su importancia en cuanto permite que la pregunta "¿qué debe hacerse?" sea respondida por el agente moral que actúa, y no solo por el beneficiario de una acción.

Todo lo dicho hasta ahora, aunque en apariencia muy abstracto, puede ser un buen insumo para el debate constituyente en el que se encuentra inmerso nuestro país. Aunque resulta difícil convencer a todos los convencionales de que la perspectiva clásica y cristiana es el mejor camino para fundamentar los derechos humanos, se puede aportar con ciertos elementos provenientes de esta tradición y que pueden ser adscritos por una eventual mayoría:

• Primero, la importancia de definir ciertos motivos o bienes humanos que sirvan de criterio para resolver conflictos entre derechos. Un ejemplo de ello podría ser consagrar a la familia como núcleo fundamental de la sociedad. Ello no solo ratificaría implícitamente que existe una inclinación natural del ser humano a la conformación de la familia, sino que tendría también grandes consecuencias en materia de derechos fundamentales. La consagración de la educación de los hijos como un derecho preferente de sus padres es un ejemplo de aquello.

• Segundo, la concepción de que los derechos humanos corresponden a derechos que, como variantes de la ley natural, emanan de la esencia humana. Entender esto implica, por una parte, reconocer que los derechos humanos no solo pueden ser atropellados por el Estado, sino que

por cualquier persona. Por otro lado, involucra defender como posición política que los derechos humanos no equivalen a cualquier reivindicación identitaria invocada por un sujeto o colectivo (como algunos pactos internacionales han querido hacer ver), sino que a aquello que se desprende de la naturaleza que compartimos en común.

• Tercero, y para terminar, que cada derecho debe ir acompañado del deber correlativo. De lo contrario, lo que ocurrirá en el debate por el catálogo de derechos fundamentales es que cada quien reclamará la inclusión de un sinfín de derechos que los demás deben respetar para poder desplegar la propia autonomía, sin atender al rol del agente moral en la persecución del bien común.

Referencias bibliográficas

1. Aristóteles. (2015). Ética a Nicómaco.Madrid: Alianza Editorial.

2. García-Huidobro, J. (1999). La recepción de la doctrina aristotélica sobre el derecho natural en el comentario de la Ética a Nicómaco de Tomas de Aquino. Revista Anuario Filosófico n°32, pp. 225-250.

3. Finnis, J. (2000). Ley natural y derechos naturales. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

4. Finnis, J. (2019). Tomás de Aquino: Teoría moral, política y jurídica. Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad.

5. Manent, P. (2016). Curso de filosofía política. Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad.

6. Manent, P. (2020). Natural law and human rights: Toward a recovery of practical reason. Indiana: University of Notre Dame Press.

7. Maquiavelo, N. (2003). El príncipe. Madrid: Espasa.

APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 5

Protección del medio ambiente en la propuesta de nueva Constitución

TERESA ZAÑARTU TORRES [106] Y TOMÁS DE TEZANOS PINTO [107]

I. Los principales avances de Chile en materia ambiental

En Chile es cada vez más común oír voces que reclaman que la Constitución actual es demasiado rígida, que no permite avances y que, por lo tanto, se debe reemplazar por una nueva que sea reflejo de los tiempos que vivimos. Estos reproches también se le hacen en el tema medioambiental, de forma tal que antes de ir a las propuestas, nos parece oportuno dedicar algunas líneas para que el lector conozca cuánto hemos avanzado y qué es lo que dice la Carta Fundamental sobre el medio ambiente.

Nuestro país reconoce a lo menos tres grandes hitos en el desarrollo de su regulación medioambiental:

---

[106] Investigadora del Programa Estudios Constitucionales de la Fundación Jaime Guzmán. Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Actualmente está cursando Licenciatura en Historia en la misma casa de estudios.

[107] Abogado de la Universidad del Desarrollo. Ex asesor legislativo del Gabinete del Subsecretario de Medio Ambiente.

a) Reconocimiento en la Constitución vigente del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y, asociado a ello, el deber del Estado de velar por la no afectación de este derecho, de tutelar la preservación de la naturaleza y la posibilidad de restringir o limitar ciertos derechos en aras de la protección del medio ambiente. Sumado a ello, el texto constitucional vigente reconoce una acción cautelar (recurso de protección) que persigue que los Tribunales de Justicia adopten las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho. Esto ha hecho que, en la jurisprudencia de la Corte Suprema del último tiempo, este derecho prime por sobre el de propiedad.

b) La dictación, en 1994, de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales de Medio Ambiente (LBGMA), que estableció definiciones, principios, instrumentos de gestión ambiental, aspectos procedimentales y una institucionalidad a cargo de la política ambiental.

c) El fortalecimiento progresivo de nuestra institucionalidad ambiental, cuestión que se manifiesta en los siguientes hechos relevantes:

1. Ley N°20.417, que Crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Sistema de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente

El Mensaje del proyecto de ley, que luego se transformaría en la Ley N° 20.417, ya esbozaba que las críticas y propuestas de cambio a nuestra institucionalidad ambiental no eran recientes. De hecho, se habían evacuado numerosos informes de expertos encargados por la autoridad central para analizar una eventual reforma regulatoria. A ello se sumaban las observaciones realizadas en 2005 por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) que fueron incluidas en un informe que contenía las conclusiones y recomendaciones que debía seguir Chile en materia medioambiental, como parte de la evaluación a la que debió someterse para poder integrar dicha entidad.

En 1994, la LBGMA, optó por la creación de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), descentralizada a través de las Comisiones Regionales del Medio Ambiente (COREMAs). Tal como dice Boettiger Philipps, una de las grandes falencias de la LBGMA era que en la CONAMA se concentraron todas las funciones de la regulación ambiental, es decir, la normativa, ejecutora y fiscalizadora, lo cual creaba conflicto procedimentales al momento de aplicar la normativa. Así las cosas, la necesidad de una reforma era imperiosa.[108]

Lo anterior explica el nuevo diseño que introduce la Ley N° 20.417, el que puede sintetizarse del modo que sigue:

a) **Ministerio del Medio Ambiente:** Encargado de definir las políticas y normas de regulación ambiental, apoyado por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, instancia que tiene a su cargo promover la discusión multisectorial de los temas ambientales, aprobando las políticas y regulación.

b) **Servicio de Evaluación Ambiental (SEA):** Administra el principal instrumento de gestión ambiental preventivo, vale decir, el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), que permite a la autoridad determinar, antes de la ejecución de un proyecto de inversión, si éste cumple la legislación ambiental vigente así como también si se hace cargo de los potenciales impactos ambientales de carácter significativo.

c) **Superintendencia del Medio Ambiente (SMA):** A esta entidad le corresponde organizar, coordinar y ejecutar de forma exclusiva el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA), de Planes de Prevención y/o Descontaminación Ambiental, de las Normas de Calidad y Emisión y de los Planes de Manejo, cuando co-

[108] Camila Boettiger Philipps (2010) *Nueva Institucionalidad Ambiental.* Revista Actualidad Jurídica N°22, Universidad del Desarrollo. Véase en: https://n9.cl/hogp1

rresponda, así como de todos aquellos otros instrumentos de naturaleza ambiental que establezca la ley.

2. Ley N°20.600, que Crea los Tribunales Ambientales

Desde mediados de los ochenta hasta el fin de los noventa (incluida la recesión de 1999), Chile mostró una fuerte y prolongada estabilidad política y social que le permitió el mayor desarrollo de su historia. Sin embargo, aparejado a este rápido crecimiento se fue produciendo un aumento sostenido de la conflictividad ambiental. En un principio, las causas que surgieron de estas disputas fueron resueltas por los tribunales ordinarios hasta que, en octubre 2009, un Mensaje del Ejecutivo vino a materializar un acuerdo transversal adoptado en la época (Protocolo de Acuerdo) que reconocía la necesidad fortalecer la institucionalidad ambiental, recientemente rediseñada por la Ley N° 20.417.

Así, el gobierno de ese entonces presentó al Congreso un proyecto de ley cuyas ideas estructurales intentaron, en gran medida, reflejar los términos alcanzados por el Protocolo de Acuerdo, proponiéndose esencialmente cuatro objetivos:

a) Disponer de un control jurisdiccional de las decisiones de la autoridad administrativa.

b) Que este control estuviese a cargo de jueces especializados y no con competencia general.

c) Que el tribunal fuese un órgano de integración mixta, y

d) Que dada su especialización y carácter único proveyera de decisiones predecibles, permitiendo certeza jurídica para todos los interesados.[109]

[109] Historia de la Ley N° 20.600. Véase en: https://n9.cl/bvfur

La referida iniciativa legal fue aprobada por el Congreso en enero de 2012 y publicada en el Diario Oficial en junio de ese mismo año. La ley, adoptando un espíritu descentralizador, estableció la creación de tres Tribunales Ambientales distribuidos geográficamente, de forma tal que el artículo 5 de la Ley N° 20.600 estableció tres Tribunales.

En marzo de 2013 inicia sus actividades el Segundo Tribunal Ambiental ubicado en Santiago y, luego, en diciembre comienza su funcionamiento el Tercer Tribunal Ambiental, con sede en Valdivia. El último en comenzar a ejercer sus labores fue el Primer Tribunal Ambiental, de Antofagasta, cuya acta de instalación fue firmada recién en julio de 2017.

Finalmente, cabe destacar que una de las muestras de que esta institucionalidad funciona, es que al cierre de 2020 se registró un alza de los proyectos de inversión que se encuentran en los tribunales ambientales: 53 casos contra 38 al final de la primera mitad del año pasado. Asimismo, el monto de la inversión en tramitación tuvo una importante caída desde los US$ 9.766 millones en la primera mitad del año pasado a $US 4.176 millones al cierre de 2020, lo que se debe en gran parte, según expertos, a la dictación de la sentencia relacionada con el proyecto Quebrada Blanca Fase 2.[110] Esta institucionalidad ha entregado la certeza jurídica suficiente para poder ejecutar proyectos de forma segura, respetando al medio ambiente.

3. Proyecto de Ley Marco del Cambio Climático

El 20 de enero se dio inicio a su discusión en general, instancia de la que participaron diversos actores del mundo académico, miembros de

[110] Fundación Terram (25.01.21) *Número de proyectos de inversión judicializados registra fuerte alza en segundo semestre de 2020.*

la sociedad civil, Ex autoridades y representantes del mundo público, privado e internacional. Para noviembre del mismo año comenzó el debate en particular, donde el rol de la mesa técnica integrada por asesores de los parlamentarios, del Ejecutivo así como del Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR)2 ha sido un gran apoyo y esencial para alcanzar acuerdos amplios y avanzar con celeridad hacia la pronta aprobación de esta iniciativa.

En términos generales, el presente proyecto de ley tiene persigue a lo menos cuatro grandes objetivos, tal como se desprende de su artículo 1:

a) Hacer frente a los desafíos que presenta el Cambio Climático;
b) Transitar hacia un desarrollo bajo en emisiones de gases de efecto invernadero y otros forzantes climáticos, para así poder alcanzar la carbono neutralidad a 2050;
c) Adaptarse al Cambio Climático, reduciendo la vulnerabilidad y aumentando la resiliencia a sus efectos adversos; y
d) Cumplir los compromisos internacionales asumidos por Chile en la materia.

Para cumplir los referidos fines, esta futura ley contempla una serie de herramientas como principios orientadores (progresividad, no regresión, territorialidad, participación ciudadana, entre otros); instrumentos de gestión a nivel local (aquí destacan los Planes de Acción Comunal, por ejemplo); un Sistema Nacional de Inventarios de Gases de Efecto Invernadero, por nombrar solo algunas. Actualmente se encuentra en su segundo trámite constitucional.

4. Proyecto de Ley que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas

El Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas (SBAP) es el pilar que falta para completar el rediseño de la institucionalidad ambiental que comenzara en 2010 en nuestro país con la dictación de la Ley N° 20.417. Su creación e implementación ha sido un compromiso de distintos gobiernos e impulsada desde el mundo político, científico, académico y desde diferentes organizaciones de la sociedad civil.

La iniciativa de ley, actualmente radicada en la Cámara de Diputados, crea un servicio público descentralizado, dedicado exclusivamente a la conservación de la naturaleza, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente y que tendrá a su cargo la gestión del Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SNAP), que integrará todas las áreas protegidas del país, vale decir, terrestres, marinas, públicas y privadas.

Actualmente la administración de las Áreas Protegidas se encuentra en manos de cinco Ministerios distintos: Agricultura; Economía; Culturas; Bienes Nacionales y Medio Ambiente. Con la creación de este Servicio se busca avanzar hacia un sistema único de gestión, que reduzca la burocracia y gestione de forma eficiente las áreas protegidas del país.

II. Regulación del medio ambiente en la Constitución actual

1) ¿Qué dice el texto constitucional sobre el medio ambiente?

El artículo 19 N° 8, ubicado en el Capítulo III de la Constitución, relativo a los Derechos y Deberes Constitucionales, asegura a todas las personas "el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación".[111]

[111] Constitución Política de la República de Chile.

Sin embargo, la Constitución no se agota ahí, ya que además consagra un deber de conservación del medio ambiente en el artículo 19 N° 24 inciso 2, a propósito de la función social de la propiedad disponiendo que "Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental".[112]

Sumado a ello, el artículo 20 inciso 2 establece que "Procederá también el recurso de protección en el caso del N° 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada".[113]

Como vemos, la normativa constitucional chilena contempla **una protección** del medio ambiente dispersa en cuatro ámbitos de sus distintas disposiciones:

a) La dignidad humana y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación están en estrecha vinculación, pues la actual Constitución no permite degradar desproporcionadamente el ambiente ni perjudicar, con esto, la calidad de vida de las personas. Éstos deben asegurarse a todos por igual y en ello tiene una participación activa el Estado que, estando al servicio de la persona humana, debe promover el bien común y contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a las personas su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la propia Carta Fundamental establece (artículo 1), de forma tal que entre ellas se incluye, sin duda alguna, al medio ambiente.

b) El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación del artículo 19 N° 8;

c) La conservación del patrimonio ambiental como límite a la propiedad, a que refiere el artículo 19 N° 24, inciso 2;

---

[112] Ídem.
[113] Ídem.

d) La acción de naturaleza cautelar a que se refiere el artículo 20 para amparar a cualquier persona que sufra perturbación o amenaza en el ejercicio de este derecho.

2) Análisis del derecho constitucional

Para este objeto se vuelve necesario descomponer cada uno de los incisos del numeral octavo del artículo 19:

> *Artículo 19.-La Constitución asegura a todas las personas:*
> *8º.- El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.*
> *La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente".*[114]

"El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación": Se trata de un derecho individual o subjetivo. La ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, define qué entiende el legislador por "medio ambiente libre de contaminación". En este sentido, el artículo 2 letra m) de dicha ley lo entiende como "aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental".[115]

---

[114] Constitución Política de la República de Chile.
[115] Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, Diario Oficial, 9 de marzo de 1994.

"Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza": La Constitución consagra tanto un derecho como también un deber de preservar la naturaleza. El Tribunal Constitucional, en tanto, se ha encargado de desarrollar el contenido de este derecho sosteniendo que:

> *"El deber estatal de tutelar la preservación de la naturaleza se da en el marco del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Si bien está expresado como derecho subjetivo, resulta evidente la dimensión colectiva de este derecho (...). En tal sentido, se trata de un derecho que se caracteriza por su fuerte impronta de bien jurídico objetivo, por la protección conservacionista de determinados patrimonios naturales, por la tutela de intereses difusos y por su finalidad propia de proteger una titularidad nueva: las futuras generaciones".*[116]

Por su lado, la doctrina ha señalado que:

> *"la naturaleza aparece así como un valor, un bien o patrimonio que pertenece a la colectividad y que debe ser mantenido y protegido para que lo puedan disfrutar y aprovechar las personas en el presente y en el futuro. Por ello, toda intervención en la naturaleza que implique un deterioro grave en su conservación y mantenimiento y que lleve, por ejemplo, a la extinción, de recursos naturales vivos*

[116] Rol N° 2386-12. Sentencia de fecha 23 de enero de 2013. Voto en contra de los ministros Fernández, Carmona y García. Considerando 38° (citado por Gonzalo Aguilar Carvallo).

> *o a la alteración significativa del paisaje, ha de ser combatida por toda la sociedad, representada por el Estado".*[117]

A su turno, la Corte Suprema ha sostenido que:

> *"El medio ambiente, es decir, el patrimonio ambiental, la preservación de la naturaleza de que habla la Constitución y que ella asegura y protege, comprende todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmosfera, como al suelo y sus aguas, a la flora y fauna, todo lo cual conforma la naturaleza, con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven".*[118]

No obstante lo anterior, hay que aclarar que los conceptos de "preservación de la naturaleza" y "conservación del patrimonio ambiental" son constitucionalmente indeterminados, lo que significa que el legislador debe encargarse de orientar la acción del juez, para poder delimitarlos adecuadamente. De esta forma, el artículo 2 letra p) de la LBGMA dispone que se entenderá por preservación de la naturaleza "el conjunto de

---

[117] Alejandro Silva Bascuñán (2008) *Tratado de Derecho Constitucional.* Tomo XII. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 102.

[118] Corte Suprema de Chile: Humberto Palza Carvacho con Dirección de Riego y Ministerio de Obras Públicas. (Lago Chungará Parque Nacional Lauca). Sentencia de 19 de diciembre de 1995; Corte Suprema de Chile: Horvath Kiss, Antonio y otros con Comisión Nacional del Medio Ambiente. Recurso de Protección. Rol N° 4658-96. Sentencia de fecha 19 de marzo de 1997. Considerando 14°; Corte Suprema de Chile: Girardi Lavín y otros con Comisión Regional del Medio Ambiente de Magallanes y Antártica Chilena. Sentencia de fecha 21 de septiembre de 1999. Considerando 13°; Corte de Apelaciones de Valparaíso: Grupo de Acción Ecológica Chinchimén y otros. Recurso de Protección. Rol N° 317-2008. Sentencia de fecha 8 de enero de 2009. Considerando 14° Vid. BRONFMAN VARGAS, Alan; MARTINEZ ESTAY, José Ignacio; NÚÑEZ POBLETE, Manuel: Constitución Política Comentada. Parte dogmática. Doctrina y Jurisprudencia. Santiago, Abeledo Perrot-LegalPublishing Chile, 2012, p. 201 (citado por Gonzalo Aguilar Carvallo). Véase en: https://n9.cl/z5v76

políticas, planes, programas, normas y acciones, destinadas a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país".[119] Según Nogueira Alcalá este precepto se ha interpretado a la luz de lo dispuesto por la Convención de Washington, de forma tal que se asocia a una prohibición absoluta de explotación de los recursos naturales o de realización de actividades comerciales en el área sujeta a protección.[120]

Distinto es lo que el propio artículo 2 letra b) establece respecto a la conservación del patrimonio ambiental, definiéndole como "el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración".[121] Humberto Nogueira estima que esta norma permite cierta actividad económica que sea compatible con una explotación racional de los recursos.[122]

"La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente": La disposición constitucional se refiere a "restricciones específicas", lo que supone que el legislador debe establecer y determinar los derechos concretos que se verán afectados por las restricciones y medidas especiales que pueden adoptarse con dicho fin. Así por ejemplo, se puede imponer que un tipo de actividad productiva se someta previamente a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental o el etiquetado de un producto elaborado con material transgénico, siempre que tales

---

[119] Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, Diario Oficial, 9 de marzo de 1994.
[120] Humberto Nogueira Alcalá (2009) *Justicia Ambiental.* Estudios Constitucionales N° 2. Chile: Universidad de Talca.
[121] Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, Diario Oficial, 9 de marzo de 1994.
[122] Humberto Nogueira Alcalá (2009) *Justicia Ambiental.* Estudios Constitucionales N° 2. Chile: Universidad de Talca.

limitaciones se hagan por ley, excluyéndose la posibilidad de que ello se haga mediante remisiones genéricas establecidas por reglamento.

3) ¿Quiénes son los titulares de este derecho?

Para Bermúdez Soto, el artículo 19 N° 8 no consagra un derecho a un medio ambiente "no contaminado" sino que, por el contrario, el derecho a "vivir en él". De esa afirmación se sigue que la protección del medio ambiente está necesariamente vinculada a la persona (por esto decimos que se trata de un derecho individual). Esto no supone que el medio ambiente en cuanto a tal carezca de protección jurídica, pues ella viene dada por otros instrumentos como el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), por dar un ejemplo.[123]

El mismo profesor Bermúdez Soto agrega que este derecho tiene un contenido "antropocéntrico", lo que implica que se asegura a "todas las personas", tal como fluye del encabezado del artículo 19 de la Constitución. Desde luego, esto significa que sólo las personas pueden ver vulnerado su derecho o sentirse atacadas en cuanto titulares del mismo.[124]

De lo anterior se sigue que para efectos de la justiciabilidad del derecho se requiere de una afectación que involucre a una persona natural, de forma tal que la pregunta es qué ocurre con las personas jurídicas. Para Bermúdez Soto si bien no son titulares del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, nada les impide obrar en representación de una persona que se haya visto afectada.[125]

---

[123] Jorge Bermúdez Soto (2016) *Fundamentos de Derecho Ambiental.* Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2° edición, p. 114 -116.
[124] Ídem.
[125] Ídem.

En igual sentido, debemos considerar que la Constitución en régimen se refiere sólo a personas individuales, excluyendo la posibilidad de que sean titulares de este derecho grupos determinados como comunidades, colectividades, organizaciones no gubernamentales (ONG), entre otras. Es del caso añadir que esta cuestión ha ido variando en la jurisprudencia nacional, avanzando más bien hacia una concepción del medio ambiente como un bien jurídico colectivo. Un ejemplo de esto se aprecia en un fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de enero de 2009 en donde el Grupo de acción ecológica Chinchimén y el Consejo Ecológico de Quintero y Puchuncaví recurrieron de protección en contra de la Comisión Regional de Medio Ambiente de Valparaíso y otros contra una Resolución que calificó favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental de la Central Termoeléctrica Campiche.

En definitiva, la sentencia señala que:

> *"el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación es un derecho inherente al ser humano consagrado por nuestra Carta Fundamental y Tratados Internacionales, de preocupación mundial que interesa a todos pues afecta a una pluralidad de individuos que se encuentran en una misma situación de hecho, y cuya lesión no solo es perceptible en la esfera individual, de manera que son titulares todos las personas naturales o jurídicas que habitan el territorio de Chile y que sufran una vulneración del derecho al medio ambiente libre de contaminación que asegura el artículo 8 de la Constitución Política de la República".*[126]

[126] Corte de Apelaciones de Valparaíso, 8 de enero de 2009, Rol N° 317-2008, identificador Microjuris MJJ20165 (citado por Jorge Tisné Niemann).

Conforme a lo expuesto y a modo de síntesis observamos que la jurisprudencia constante y uniforme de los tribunales de justicia ha ido ampliando la legitimación activa de este derecho, sin necesidad de modificar el texto constitucional, de modo que lo óptimo sería que la Convención avanzara en esa dirección, codificando lo que éstos ya han decidido. Finalmente, existen visiones como la de Ezio Costa que conciben a la naturaleza como un sujeto de derecho en sí mismo, lo que permitiría reclamar la protección del medio ambiente sin necesidad de que exista una afectación a la persona. Retomaremos esta idea en el acápite siguiente.[127]

III. Experiencia comparada

Como primera aproximación al tema no se puede desconocer que nuestro país fue innovador en su momento al tratar el tema medioambiental, aplicando conceptos bastante avanzados para la época y que denotaban una destacable conciencia ambiental —recién hacia la segunda mitad del siglo XX se empezó a ver preocupación por este asunto, siendo la Constitución española de 1978 una de las pioneras en abordarlo—.

De hecho, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación fue establecido como derecho constitucional primeramente en el numeral 18 del Acta Constitucional N° 3 de 1976 y luego en el artículo 19 N° 8 de la Constitución de 1980.

El constituyente del 80 tuvo en cuenta diversos antecedentes y fuentes formales al consagrar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Así, por ejemplo, tuvo presente el Informe Final de

[127] Andrea Bustos (17.01.21) *¿La naturaleza también tiene derechos? El debate que se abre ante una Nueva Constitución*. Santiago: Diario Universidad de Chile

la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (CONICYT) denominado "Ideas básicas sobre protección constitucional y legal del medio ambiente y los recursos naturales"; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana de Derechos Humanos y la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949, cuestión que da a lo menos una idea de que esta fue una materia que se trabajó con bastante rigurosidad por parte de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (CENC).

No obstante lo precisado en los párrafos precedentes, debemos analizar si lo que hoy prescribe el texto constitucional es suficiente o no y, para tales efectos, resulta ilustrador mirar lo que disponen sobre medio ambiente las Constituciones de nuestros vecinos latinoamericanos:

CONSTITUCIÓN COLOMBIANA (artículo 79)	Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.
CONSTITUCIÓN ECUATORIANA (artículo 14)	Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

CONSTITUCIÓN BOLIVIANA (artículo 33)	Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.
CONSTITUCIÓN VENEZOLANA (artículo 127)	Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia. Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley
CONSTITUCIÓN ARGENTINA (artículo 41)	Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

CONSTITUCIÓN COSTARRICENSE (artículo 50)	Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y sanciones correspondientes
CONSTITUCIÓN PERUANA (artículo 2 Nº 22)	Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y sanciones correspondientes
CONSTITUCIÓN BRASILEÑA (artículo 225)	Todas las personas tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, el cual es un bien de uso común del pueblo y esencial para una calidad de vida saludable. El Poder Público y la colectividad tienen el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras.

De lo expuesto pueden extraerse algunas observaciones. Desde luego, prácticamente todas las Constituciones de la región han consagrado el derecho a vivir en un medio ambiente "sano" y "equilibrado", siguiendo en esto una fórmula de redacción similar a la que emplea el Protocolo de San Salvador, adoptado en 1988, de cuyo artículo 11.1 reconoce el derecho a vivir en un medio ambiente sano como derecho humano al señalar que "Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano".[128]

En general, pareciera existir cierto nivel de consenso en cuanto a emplear la fórmula "vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado".

[128] Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", adoptado por la Asamblea General de Estados Americanos el 17 de noviembre de 1988. Véase en: https://n9.cl/3mxj0

Aguilar Carvallo y Durán Medina estiman que la Nueva Constitución, debiese tender a incorporar una oración de esta clase. Asimismo, ambos autores mencionan que la doctrina y la jurisprudencia han alcanzado cierto nivel de acuerdo en torno a estos conceptos. En esta línea, Gonzalo Aguilar sostiene que es posible encontrar respaldo en una parte de la doctrina y jurisprudencia una "visión amplia del contenido del derecho fundamental a un medio ambiente sano, adecuado, ecológicamente equilibrado y apto para el desarrollo y el bienestar de las personas".[129] Decimos que existe "cierto nivel de consenso", porque hay quienes han criticado, por ejemplo la expresión "ecológicamente equilibrado" como es el caso de la autora Cubillos Torres quien sostiene que:

> *"En cuanto al término 'ecológicamente equilibrado' o simplemente 'equilibrado', no parecen adecuados, pues los ecosistemas especialmente los naturales no son estáticos y constantemente están sujetos a fuerzas internas o externas por los cuales estos intentan adaptarse, sin significar con ello un equilibrio".*[130]

Valentina Durán, por su parte, pone énfasis también en la necesidad de incluir el principio de equidad intergeneracional al nuevo texto constitucional, máxima que supone ocuparse no solo de las necesidades de las generaciones presentes, sino que también de las futuras. Sumado a ello, cree relevante la inclusión de otros derechos como la información y

---

[129] Gonzalo Aguilar Carvallo (2016) *Las deficiencias de la fórmula 'derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación'* en la Constitución chilena y algunas propuestas para su revisión. Estudios constitucionales [online]. 2016, vol.14, n.2, p. 365-416.

[130] María Constanza Cubillo Torres (2020) Constitucionalismo ambiental en Chile: Una mirada para el siglo XXI. *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho),* (21), 25-51. Epub 01 de junio de 2020

la participación ciudadana.[131] Esta propuesta está en línea con lo ya aprobado transversalmente por la comisión de Medio Ambiente del Senado en el proyecto de Ley Marco de Cambio Climático, toda vez que su artículo 2 letra c) que establece el principio de equidad y justicia climática, cuya finalidad es, entre otras, resguardar la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades.

Para terminar, sea que la Nueva Constitución hable de medio ambiente "sano", "adecuado", "saludable", "ecológicamente equilibrado" u otra expresión; lo relevante es que este derecho ponga el acento en el desarrollo íntegro del individuo en condiciones ambientales óptimas que aseguren el ejercicio de otros derechos (como la vida, la salud, la integridad física y psíquica, entre otros) dentro de un cierto estándar de calidad de vida. Bermúdez Soto relaciona la "calidad de vida" al desarrollo sustentable entendiendo que ésta "supone alcanzar un grado de crecimiento económico y, además, unos niveles de protección y conservación ambiental adecuados para el desarrollo integral de la persona".[132]

IV. Comentarios finales y propuesta

Tras haber repasado los principales avances de Chile en materia ambiental, su ámbito regulatorio actual y el derecho comparado, nos permitimos sugerir lo siguiente:

1) Debiese mantenerse la visión antropocéntrica que es la que ha imperado en nuestra tradición constitucional.

---

[131] CNN Chile (17.02.21), "Valentina Durán y derechos ambientales 'Debiéramos incorporar la idea de equidad intergeneracional". Véase en: https://n9.cl/ftft

[132] Jorge Bermúdez Soto (2016) *Fundamentos de Derecho Ambiental.* Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2° edición, p. 76.

2) La naturaleza, en esta línea, debiese ser objeto de protección, en línea con lo anterior. Es una fórmula más armónica con nuestra tradición jurídica que asignarle derechos subjetivos.

3) Debiese incorporarse a las personas jurídicas como titulares de derecho, reconociendo así la posición que ha adoptado parte de nuestra doctrina y jurisprudencia al efecto y admitiéndose que éstas tengan legitimación activa para interponer la acción de protección o mecanismo similar por la que sea reemplazada. Creemos que de esta forma será más sencillo canalizar las inquietudes de los distintos grupos o comunidades, especialmente en el entendido de que se amplía su ámbito de acción.

4) Es necesario incorporar un espectro de protección más amplio del medio ambiente en nuestra Constitución. Esto implica introducir criterios que apunten más bien hacia un desarrollo integral del ser humano en condiciones ambientales que sean óptimas, dentro de un cierto estándar de calidad de vida, el que necesariamente ha de entenderse como vinculado al desarrollo sustentable. Asimismo, significa discutir una fórmula de redacción que se aleje de la perspectiva restrictiva.

5) La protección del medio ambiente, preservación de la naturaleza y conservación del patrimonio natural debe ser tarea de todas las personas y no sólo del Estado. La Nueva Constitución debiese promover la corresponsabilidad del Estado y la sociedad civil en el deber de tutelar el medio ambiente. Con esto se eleva a rango constitucional la participación ciudadana en los problemas ambientales, cuestión que hoy sólo se reconoce a nivel legal.

6) Finalmente, creemos que uno de los grandes desafíos de la Nueva Constitución será generar los espacios suficientes para perfeccionar nuestra institucionalidad ambiental en lo que sea necesario y, a la vez, mantener aquellos elementos del diseño institucional que tanto ha costado construir a lo largo de los años.

Referencias bibliográficas

1. Aguilar Carvallo, G. (2016) *Las deficiencias de la fórmula 'derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación' en la Constitución chilena y algunas propuestas para su revisión.* Estudios constitucionales [online]. 2016, vol.14, n.2, p. 365-416. Véase en: https://n9.cl/7zrki

2. Bermúdez Soto, J. (2016) *Fundamentos de Derecho Ambiental.* Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2° edición, p. 114 -116.

3. Boettiger Philipps, C. (2010) *Nueva Institucionalidad Ambiental.* Revista Actualidad Jurídica N°22, Universidad del Desarrollo. Véase en: https://n9.cl/hogp1

4. Bustos, A. (17.01.21), "¿La naturaleza también tiene derechos? El debate que se abre ante una Nueva Constitución". Santiago: Diario Universidad de Chile Véase en: https://n9.cl/l8o7f

5. CNN Chile (17.02.21), "Valentina Durán y derechos ambientales 'Debiéramos incorporar la idea de equidad intergeneracional". Véase en: https://n9.cl/ftft

6. Constitución Política de la República de Chile.

7. Corte de Apelaciones de Valparaíso, 8 de enero de 2009, Rol N° 317-2008, identificador Microjuris MJJ20165 (citado por Jorge Tisné Niemann). Véase en: https://n9.cl/5oxnq

8. Cubillo Torres, M. C. (2020) Constitucionalismo ambiental en Chile: Una mirada para el siglo XXI. *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho),* (21), 25-51. Epub 01 de junio de 2020. Véase en: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2393-61932020000100025&lng=es&nrm=iso

9. Fundación Terram (25.01.21) *Número de proyectos de inversión judicializados registra fuerte alza en segundo semestre de 2020.* Véase en: https://n9.cl/y8ong

10. Historia de la Ley N° 20.600. Véase en: https://n9.cl/bvfur

11. Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, Diario Oficial, 9 de marzo de 1994.

12. Nogueira Alcalá, H. (2009) *Justicia Ambiental.* Estudios Constitucionales N° 2. Chile: Universidad de Talca. Véase en: https://n9.cl/krpy6, p. 472.

13. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", adoptado por la Asamblea General de Estados Americanos el 17 de noviembre de 1988. Véase en: https://n9.cl/3mxj0

14. Rol N° 2386-12. Sentencia de fecha 23 de enero de 2013. Voto en contra de los ministros Fernández, Carmona y García. Considerando 38° (citado por Gonzalo Aguilar Carvallo). Véase en: https://n9.cl/z5v76

15. Silva Bascuñán, A. (2008) *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo XII.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 102

APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 6

El pensamiento clásico y cristiano en la Declaración Universal de Derechos Humanos

JOSÉ IGNACIO PALMA ARANCIBIA[133]

I. Introducción

El pasado 10 de diciembre se cumplieron setenta y tres años desde que se ratificara la Declaración Universal de los Derechos Humanos en la Asamblea General de las Naciones Unidas. Con el objetivo de evitar que atrocidades como las cometidas durante la Segunda Guerra Mundial volvieran a ocurrir, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU convocó a representantes de todo el globo para redactar una carta con pretensiones de reconocimiento mundial.

¿Cómo se encontraba en esta época la relación entre el pensamiento iusnaturalista clásico y el lenguaje de los derechos humanos? Aunque en nuestros días parecen estar completamente integrados, lo cierto es que

[133] Investigador del Programa Estudios Constitucionales de la Fundación Jaime Guzmán. Cientista Político de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Recientemente fue aceptado en MSc en Teoría Política en el London School of Economics.

hasta antes del inicio de la guerra la recepción por parte de los pensadores de la tradición clásica y cristiana no era la mejor.

En efecto, durante el siglo XIX y la primera mitad del XX, la propia Iglesia Católica y los grandes intelectuales ligados a ella eran reticentes al concepto de derechos humanos,[134] fundamentalmente por dos motivos. El primero es que el pensamiento iusnaturalista heredado de los escolásticos prestaba atención a la ley natural y las obligaciones o deberes que ella comandaba, más que a los derechos.[135] Se pensaba que el lenguaje de las obligaciones era mejor para expresar las exigencias de la justicia. Pero el principal argumento para rechazar el concepto tiene que ver con que el humanismo que le daba sustento era heredero de la ilustración y el pensamiento moderno que se originó durante el siglo XVIII, y cuyo principal hito fue la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de la revolución francesa. Este humanismo moderno e individualista, al poseer una visión de la naturaleza humana "cerrada en sí misma y absolutamente autosuficiente",[136] se desviaba de la visión teleológica cristiana de la naturaleza basada en la verdad revelada.

El paso del escepticismo a la acogida de la idea derechos humanos por parte del mundo clásico y cristiano requirió de varias décadas y, fundamentalmente, de actores clave que demostraran no solo que la noción es compatible con el pensamiento iusnaturalista, sino que además se puede contribuir desde él al debate por la fundamentación de los derechos. Es este giro el que le permitió a varios intelectuales cristianos ser influyentes en el proceso de redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH).

---

[134] Misa Durkovic (2018) *Christian personalism as a source of the Universal Declaration of Human Rights.* Philosophy and Society, vol. 10 no. 2, p. 271.
[135] Jacques Maritain (1951) *El hombre y el Estado, capítulo IV: Los derechos del hombre y sus fundamentos,* p.17.
[136] Alan Jacobs (2021) *1943: La crisis del humanismo cristiano.* Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad, p. 58.

En este trabajo nos centraremos en dos de esos actores clave. El primero de ellos es Jacques Maritain, filósofo católico y pionero en la adopción del lenguaje de los derechos humanos. El segundo es Charles Malik, cristiano ortodoxo y miembro de la comisión redactora de la DUDH.

II. Jacques Maritain: la adopción del lenguaje de los Derechos Humanos por el pensamiento iusnaturalista

Las atrocidades provocadas por los totalitarismos durante la primera mitad del siglo XX provocaron un cambio de enfoque en la Iglesia Católica. Frente a un mundo capturado por la dicotomía entre el individualismo y el colectivismo exacerbados, la Iglesia identificó la necesidad de fundar un discurso que se centrara en la dignidad de la persona humana y su faceta tanto individual como comunitaria. Es así como surge un "personalismo cristiano" que construye los cimientos para la adopción de los derechos humanos. En su encíclica *Mit brennender Sorge,* de 1937, el Papa XI daba muestras de este giro al afirmar que el hombre, como persona, posee derechos que recibe de Dios y que su existencia no puede ser negada.[137] Es este vuelco al personalismo por parte de la Iglesia el que influye en el trabajo de Maritain.

Jacques Maritain (1882-1973) fue un filósofo católico francés, considerado un "neo-tomista" por la fuerte influencia de Santo Tomás de Aquino en su pensamiento. Maritain consideraba que las obras de Martin Lutero, René Descartes y Jean Jacques Rousseau habían reemplazado la concepción de persona del aquinate por este nuevo individuo en el que se fundaba la visión ilustrada de los derechos humanos, reemplazó al que denominaría como la "catástrofe de la modernidad".[138] Sin embargo, creía que una fundamentación distinta de estos derechos era posible.

---

[137] Samuel Moyn (2015)*Christian human rights.* Philadelphia: University of Pennsylvania Press, p. 75.
[138] Samuel Moyn (2015)*Christian human rights,* p. 72.

a. Del derecho natural a los derechos humanos

El año 1942, en pleno desarrollo de la II guerra mundial, Maritain publicó el libro *Los derechos del hombre y la ley natural,* primer texto de un pensador iusnaturalista en intentar conciliar el concepto de derecho natural con el de derechos humanos. Allí afirma:

> *"Hay personas que se imaginan que el derecho natural es una invención de la independencia americana y de la Revolución Francesa. Los reaccionarios de toda categoría han hecho mucho por propagar esta tontería…*
>
> *La idea de derecho natural es un legado del pensamiento cristiano y del pensamiento clásico. No remonta a la filosofía del siglo XVIII, que la he deformado más o menos, sino a Grocio, y antes de éste a Suárez y a Francisco de Vitoria; y más lejos a Santo Tomás de Aquino; y más lejos a San Agustín; y a los Padres de la Iglesia, y a San Pablo; y más lejos aún a Cicerón, a los estoicos, a los grandes moralistas de la antigüedad, y a sus grandes poetas, Sófocles en particular".*[139]

> *"La verdadera filosofía de los derechos de la persona humana descansa, pues, sobre la idea de la ley natural".*[140]

En *El hombre y el Estado,* de 1951, explicará con mayor detención alguno de los puntos planteados en este pasaje. En dicho texto Maritain acusa a Hugo Grocio de generar el quiebre con la tradición escolástica de la ley natural, al construir su idea del derecho natural sobre una refundición

[139] Jacques Maritain (1942) *Los derechos del hombre y la ley natural, capítulo II: La ley natural o derecho natural,* p. 1-2.
[140] Jacques Maritain (1942) *Los derechos del hombre y la ley natural, capítulo II: La ley natural o derecho natural,* p. 5.

racionalista, alejándose de la razón práctica para dar paso a una razón abstracta desprendida de la agencia humana. Esta corriente del derecho es la que, de la mano de Rousseau y Kant, terminará por tratar al individuo como un dios, concediéndole derechos absolutos e ilimitados, muy diferentes a los principios para la praxis humana que postulaba la tradición de la ley natural clásica y cristiana.

Así, el francés sostiene que el liberalismo moderno y secular ha usurpado y oscurecido el significado original de los derechos humanos,[141] que no es otro que el de la ley y el derecho natural heredado del pensamiento iusnaturalista clásico. Con esta argumentación, Maritain consolida el vuelco hacia el personalismo cristiano iniciado por la Iglesia, motivando la reapropiación del concepto de los derechos humanos y dotando al cristianismo de un lenguaje que le permita combatir los totalitarismos colectivistas, sin caer en el secularismo materialista e individualista.[142]

b. La influencia de Maritain en la redacción de la Declaración

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas comenzó su trabajo en la DUDH durante el año 1947. En paralelo, la UNESCO creó un comité de filósofos e intelectuales para elaborar un informe que sirviera de apoyo al trabajo de los redactores de la DUDH, particularmente en el tema de las bases teóricas de los derechos humanos. Jacques Maritain fue miembro del Comité, el cual realizó un cuestionario a cerca de 70 pensadores de todo el globo, entre los que estaban incluidos figuras como Mahatma Gandhi y Aldous Huxley.[143] Con el aporte de estos in-

[141] Misa Durkovic (2018) *Christian personalism as a source of the Universal Declaration of Human Rights,* p.272.
[142] Samuel Moyn (2015) *Christian human rights,* p. 78.
[143] Mary Ann Glendon (2011) *Un mundo nuevo, Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos.* México: Fondo de Cultura Económica, p. 127.

telectuales de diversas culturas y pensamientos, redactaron el informe entregado a la Comisión de Derechos Humanos.

A propósito de su trabajo en la UNESCO, a Maritain le gustaba recordar una anécdota:

> *"Un visitante a una de sus reuniones expresó su sorpresa ante el acuerdo que habían logrado una serie de expertos de ideologías tan opuestas sobre una lista de derechos fundamentales. Maritain le dijo: «Sí, nos pusimos de acuerdo en los derechos, pero con la condición de que nadie nos pregunte porqué»".*[144]

Ya hemos dado cuenta del esfuerzo realizado por el francés por revindicar la noción de derechos humanos como parte de la tradición iusnaturalista. Sin embargo, también entendía que el debate por la apropiada fundamentación del concepto y su contenido estaba lejos de estar cerrado. Personas de múltiples culturas e ideologías no lograrían jamás ponerse de acuerdo en torno a la fundamentación, pero sí era posible, creía, llegar a acuerdos de tipo prácticos. Es decir, es posible acordar que el derecho de propiedad o la libertad religiosa deben ser derechos consagrados en la DUDH, sin la necesidad de preguntarse por qué, sin tener que concordar en los fundamentos de dichos derechos. Como se observará en el siguiente apartado, esta manera de aproximarse al debate se vio encarnada en el proceso de redacción de la DUDH.

Así, Maritain logra influir por dos vías al trabajo de la Comisión de Derechos Humanos. Por una parte, entrega al mundo católico y cristiano las herramientas conceptuales adecuadas para enfrentar el debate

---

[144] Mary Ann Glendon (2011) *Un mundo nuevo, Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos,* p. 133.

por la fundamentación de los derechos humanos. Las ideas del francés lograron calar en el ambiente intelectual de la época, contribuyendo no solo a que muchos pensadores acuñaran el concepto de derechos humanos, sino que la misma Iglesia Católica y los Papas de la época también lo hicieran. Este ambiente permitió que personas como Charles Malik pudieran entrar a ese debate con absoluta propiedad al interior de la Comisión. Pero a su vez, Maritain fue consciente de las limitaciones de este movimiento intelectual, y propuso una estrategia práctica en el informe de la UNESCO para llegar a acuerdos sobre el catálogo de derechos, de manera tal que tanto la visión clásica y cristiana como la de otros centenares de culturas e ideologías se sintieran integradas.

III. Charles Malik: un filósofo cristiano en el proceso de redacción

Charles Malik fue un filósofo, de religión cristiana ortodoxa, que sirvió como representante del Líbano ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Malik, junto a otros miembros como Eleanor Roosevelt, P.C. Chang y René Cassin, fue uno de los líderes al interior del espacio y uno de los principales redactores del texto final de la DUDH.

Aunque era cristiano ortodoxo, poseía fuertes inclinaciones católicas en su pensamiento,[145] y se encontraba bastante alineado con el lenguaje desarrollado por el "personalismo cristiano" durante los años 40, en lo que refiere a la adopción de conceptos como los de dignidad y derechos humanos. Era conocida también la influencia de Santo Tomás de Aquino en su pensamiento.[146]

---

[145] Samuel Moyn (2015) *Christian human rights,* p. 149.

[146] Pedro de Jesús Pallares (2017) *Una introducción a la relación entre Jacques Maritain y algunos redactores nucleares de la Declaración Universal de Derechos Humanos.* Open Insight, vol. IX no. 15, p. 192; Mary Ann Glendon (2011) *Un mundo nuevo, Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos,* p. 92.

Aunque no sabemos con certeza si para la época de la redacción de la DUDH estaba completamente familiarizado con los postulados de Jacques Maritain.[147] Así, Malik fue un gran representante del perfil desarrollado por el francés: un promotor absoluto de la perspectiva personalista y cristiana para fundamentar los derechos humanos, como también un hombre con una gran disposición a llegar a acuerdos prácticos en la materia con personas pertenecientes a culturas y corrientes de pensamiento diferentes.

a. Acuerdos prácticos respecto a la naturaleza del ser humano

Desde la primera sesión de la Comisión de Derechos Humanos, llevada a cabo en febrero de 1947, Charles Malik dejó en claro cuáles eran las ideas que le parecían fundamentales que estuvieran presentes en la DUDH. En dicha oportunidad el libanés apoyó la propuesta del delegado francés René Cassin, para reconocer en el texto una naturaleza humana común.[148] Respondiendo a los representantes yugoslavo e inglés, Malik sostuvo que era relevante constatar que la naturaleza humana es tanto individual como social (2011, p. 84), y que el mayor peligro de la época era el colectivismo, pues implica la "extinción de la persona humana

[147] La única referencia por parte de Malik a Maritain con anterioridad a la redacción de la DUDH se encuentra en los registros de su curso de introducción a la filosofía en la Universidad Americana de Beirut (1939-1940), donde el libanés menciona a Maritain como uno de los representantes del neotomismo de la época. Estos registros no alcanzan para afirmar con certeza que haya sido influyente en su pensamiento en esos momentos. Sin embargo, sí hay documentación que permiten concluir que ello pudo ocurrir a partir de la década del cincuenta, como la carta que le escribió Malik al francés en 1955, donde manifestaba tener una "deuda" con su pensamiento. Véase: Pedro de Jesús Pallares (2017) Una introducción a la relación entre Jacques Maritain y algunos redactores nucleares de la Declaración Universal de Derechos Humanos, p. 192-194.

[148] Mary Ann Glendon (2011) Un mundo nuevo, *Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos,* p. 80.

tanto en su propia individualidad como en su extrema inviolabilidad".[149] Postuló cuatro principios para que estuvieran presentes en la DUDH y que permitieran proteger al ser humano del surgimiento de eventuales totalitarismos: i) la persona es superior a cualquier grupo; ii) la razón y conciencia de la persona son sagradas; iii) el consentimiento obtenido mediante la coacción es inaceptable; iv) la importancia de consagrar la libertad de conciencia.[150]

El colectivismo exacerbado, sin embargo, no era lo único a lo que Malik le tenía temor. Mientras Eleanor Roosevelt, presidenta de la Comisión, afirmaba estar de acuerdo con el libanés en esta discusión, y señaló que era importante defender la primacía del "individuo", Malik recalcaba que prefería utilizar el término "persona", de forma tal de "enfatizar la dimensión social de la condición de persona y evitar connotaciones de autonomía radical y autosuficiencia. «No hay Robinson Crusoes»".[151]

Probablemente el mejor ejemplo de su aversión tanto al colectivismo estatizante como al individualismo radical lo encontramos en la defensa que hizo, junto René Cassin, del rol que juegan las agrupaciones intermedias en el desenvolvimiento de la naturaleza humana. Cassin, argumentando desde una posición distinta, pues, era un admirador del pensamiento ilustrado y de la teoría iusnaturalista kantiana, coincidió con Malik en que el Estado no era el único garante de los derechos humanos. Así lo señala Mary Ann Glendon en *Un mundo nuevo:*

> *"En un mundo que tendía al estatismo, decía Malik, era importante respetar las «lealtades intermedias» hacia*

[149] Mary Ann Glendon (2011) *Un mundo nuevo, Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos,* p. 82.
[150] Ídem.
[151] Mary Ann Glendon (2011) *Un mundo nuevo, Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos,* p. 86.

> *la familia, los amigos, etc. donde florece «la verdadera libertad». Cassin estuvo de acuerdo. Para los derechos humanos era esencial, escribió en sus memorias, que «se visualizaran en relación no solo con el Estado, sino hacia los diferentes grupos sociales a los que pertenece cada uno: familia, tribu, ciudad, profesión, religión y más ampliamente a la comunidad humana en su conjunto»".*[152]

La afinidad entre Malik y Cassin no siempre era tal,[153] pero este y otros aportes al debate de la Comisión demuestran que Maritain acertaba cuando señalaba que un cristiano y un racionalista, por más que tuviesen diferencias a la hora de fundamentar sus visiones sobre los derechos humanos, podían alcanzar acuerdos prácticos.[154]

b. Acuerdos prácticos en la discusión del articulado de la DUDH

La visión clásica y cristiana de la naturaleza humana que Malik tanto defendió en los debates más teóricos de la Comisión logró calar en buena parte del articulado final de la DUDH.

Para empezar, el primer párrafo del preámbulo hace un "reconocimiento" de la dignidad intrínseca del ser humano y sus derechos inalienables. Fue el mismo Malik el que redactó el borrador de dicho pasaje

---

[152] Mary Ann Glendon (2011) *Un mundo nuevo, Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos,* p. 177-178.

[153] Charles Malik y René Cassin tuvieron un desacuerdo importante al discutir la inclusión de los términos "razón y conciencia" en el artículo 1 de la DUDH. Glendon cuenta que Malik se decepcionó al escuchar de Cassin, mientras compartían un taxi, que este no apoyaba la presencia de los términos y que, a partir de ahí, Malik se convirtió en el más importante defensor *"de esa expresión de fe en la Declaración en la inteligencia humana y la empatía con el prójimo"* (Glendon, 2011, p. 172).

[154] Jacques Maritain (1951) *El hombre y el Estado, capítulo IV: Los derechos del hombre y sus fundamentos,* p. 3-4.

(sobre la base de la propuesta de preámbulo de Cassin),[155] dejando en él un claro rastro de su pensamiento. Al emplear el término "reconocimiento" se rechaza de manera implícita la posición iuspositivista que sostiene que solo es derecho aquello que está escrito, y que niega la existencia de derechos que emanan de la naturaleza humana.[156]

Otro triunfo lo constituye la inclusión de la idea de "dignidad" intrínseca de la persona, tanto en el preámbulo como en al artículo 1°. Aunque hoy pueda parecer obvia su presencia, lo cierto es que no era común encontrarla en catálogos de derechos de aquella época ni en las anteriores. La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, por ejemplo, no utilizaba nunca el vocablo "dignidad". Recién en 1937, la Constitución de Irlanda de 1937 fue la primera Carta Magna del mundo en emplear dicho concepto, tan solo once años antes de la promulgación de la DUDH. Malik y Cassin, nuevamente, fueron claves para que la dignidad humana estuviera presente en el texto final.

Los artículos 16° y 18° tuvieron también al libanés como gran protagonista, logrando conseguir los acuerdos necesarios para su inclusión. El primero de ellos reconoce a la familia, cuya base es el matrimonio entre un hombre y una mujer, como el elemento natural y fundamental de la sociedad, recalcando que ella tiene derecho a ser protegida tanto por el Estado como la sociedad en su conjunto. El artículo 18°, por su parte, consagra la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Finalmente, Malik apoyó a Cassin en la inclusión de un artículo sobre "deberes". Aunque el francés hubiese preferido que hubiesen formado parte de un eventual artículo 3°, finalmente los "deberes" quedaron consagrados en el

---

[155] Mary Ann Glendon (2011) *Un mundo nuevo, Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos,* p. 183.

[156] Mary Ann Glendon (2011) *Un mundo nuevo, Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos,* p. 256; Juan David Velázquez (2013) *El derecho natural en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.* Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 43 no. 119, p. 757.

artículo 29° de la DUDH, de la siguiente manera: "Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad". Para Malik era importante la inclusión de este pasaje de manera tal de frenar el espíritu individualista propio de la modernidad, "que solo afirma derechos, y niega cualquier idea de obligación, deber y responsabilidad".[157] Insistía mucho en la importancia del vínculo entre la libertad y la responsabilidad.

Quizás el fracaso más grande en lo que respecta a la inclusión de la perspectiva personalista cristiana en la DUDH, fue el rechazo a la inclusión del derecho a la vida de la persona que está por nacer. La delegación libanesa (liderada por Malik) y la chilena (liderada por Hernán Santa Cruz) presentaron propuestas de articulado que finalmente fueron rechazadas por la Comisión. Aun así, y como diría el mismo Malik en 1980 a propósito del rol que jugó en la redacción de la DUDH, los delegados que adherían al "personalismo" tenían muy claro cuáles eran las batallas importantes que debían dar, y terminaron incluyendo gran parte de sus ideas más valiosas.[158]

IV. Conclusiones

El trabajo de Maritain y Malik vuelven imposible aventurarse al estudio de los derechos humanos e ignorar a su vez la influencia del pensamiento clásico y cristiano en su fundamentación y concreción histórica. El lenguaje de la DUDH —y por consecuencia, el de una gran cantidad de instrumentos internacionales y constituciones— respira en gran parte de su articulado un "toque" propio del personalismo cristiano y las influencias iusnaturalistas.

---

[157] Misa Durkovic (2018) *Christian personalism as a source of the Universal Declaration of Human Rights,* p. 283.
[158] Misa Durkovic (2018) *Christian personalism as a source of the Universal Declaration of Human Rights,* p. 279.

¿Significa lo anterior que los iusnaturalistas han "ganado" el debate? En lo más mínimo. A poco más de setenta y tres años desde la entrada en vigencia de la DUDH, la situación del lenguaje de los derechos humanos es compleja. Si bien su uso se ha extendido alrededor de todo el globo, volviendo prácticamente imposible negar su existencia, también es cierto que las diferencias en torno a la fundamentación del concepto se han ido agudizando, haciendo de él un significante vacío fácil de instrumentalizar en favor de causas ajenas a su espíritu.

Para muchas personas los derechos humanos han tomado el lugar de una suerte de "religión secular", convirtiéndolos en una herramienta que no busca responder a las exigencias prácticas de la justicia, sino para hacer cumplir las reivindicaciones identitarias individuales. En vez de derechos universales, que poseen todas las personas por el hecho de pertenecer a la especie humana, hoy nos encontramos con unos derechos cada vez más identificados con agregaciones de individuos en colectivos, que reclaman al Estado y la sociedad los instrumentos necesarios para el cumplimiento de sus propios proyectos de vida.[159]

Para enfrentar esta efervescencia que amenaza con convertir a los derechos humanos en armas de guerra más que en medios para la paz, es conveniente recordar estas palabras de Juan Pablo II:

> *"Si no existe una verdad última, la cual guía y orienta la acción política, entonces las ideas y las convicciones humana pueden ser instrumentalizadas fácilmente para fines de poder. Una democracia sin valores se convierte con facilidad en un totalitarismo visible o encubierto, como demuestra la historia".*[160]

---

[159] Misa Durkovic (2018) *Christian personalism as a source of the Universal Declaration of Human Rights,* p. 270.
[160] Juan David Velázquez (2013) *El derecho natural en la Declaración Universal de los Derechos Humanos,* p. 744.

En definitiva, no se equivocaba Maritain cuando hablaba de alcanzar, por una cuestión estratégica, acuerdos prácticos entre personas con diferentes fundamentaciones para los derechos humanos. Pero esa estrategia considera la presencia activa y consistente de pensadores clásicos y cristianos en el debate por esa fundamentación. Tal como lo entendió Malik y el Papa Juan Pablo II, las definiciones de catálogos de derechos humanos requieren primero de la definición de una verdad, de que existe una naturaleza humana y valores morales objetivos, sin los cuales desaparece toda posibilidad de encontrar principios comunes que guían la acción práctica y política. De lo contrario, los acuerdos prácticos alcanzados se seguirán vaciando de significado, convirtiendo al lenguaje de los derechos humanos en víctima de la ambigüedad y la manipulación.

Referencias bibliográficas

1. Durkovic, M. (2018). *Christian personalism as a source of the Universal Declaration of Human Rights.* Philosophy and Society, vol. 10 no. 2, pp. 270-286.

2. Glendon, M. (1999). *Foundations of human rights: the unfinished business. American Journal of Jurisprudence,* vol. 44 no. 1, pp. 1-14.

3. Glendon, M. (2011). *Un mundo nuevo, Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos.* México: Fondo de Cultura Económica.

4. Jacobs, A. (2021). *1943: La crisis del humanismo cristiano.* Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad.

5. Maritain, J. (1942). *Los derechos del hombre y la ley natural, capítulo II: La ley natural o derecho natural.* Disponible en: https://bit.ly/34q9mzV

6. Maritain, J. (1951). *El hombre y el Estado, capítulo IV: Los derechos del hombre y sus fundamentos.* Disponible en: https://bit.ly/3qbpRZh

7. Moyn, S. (2015). *Christian human rights.* Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

8. Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos.* Disponible en: https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights

9. Pallares, P. (2017). *Una introducción a la relación entre Jacques Maritain y algunos redactores nucleares de la Declaración Universal de Derechos Humanos.* Open Insight, vol. IX no. 15, pp. 173-203.

10. Velásquez, J. (2013). *El derecho natural en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,* vol. 43 no. 119, pp. 735-772.

APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 7

Experimentos constitucionales: análisis crítico al trabajo de la comisión de Sistema Político

FELIPE LYON ERRÁZURIZ [161]

I. Introducción

La Comisión de Sistema Político se encuentra en días clave. Luego de que su primer informe —que contenía las normas acerca del Régimen Político, Congreso, Sistema Electoral, entre otras— fuese rechazado prácticamente completo en el Pleno del 18 de Marzo, ha elaborado un informe de reemplazo, que será votado en general y en particular el miércoles 13 de abril.

El presente documento desglosa las propuestas que esta Comisión ha presentado al Pleno, intentando explicar de manera simple las consecuencias que tendría su eventual aprobación.

---

[161] Director Programa Estudios Constitucionales Fundación Jaime Guzmán. Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Magíster en Estudios Políticos de la Universidad de los Andes. También se desempeña como profesor de Derecho Constitucional en la Universidad San Sebastián.

II. Contexto

Antes de entrar en el contenido, ofrecemos una breve contextualización del trabajo de la Comisión de Sistema Político. En virtud del artículo 62 del reglamento de la Convención y de sus acuerdos internos, ésta debe abordar siete temas que dividió en dos grandes bloques:

Bloque 1 (o Primer Informe):

(i) Instituciones, organización del Estado y régimen político
(ii) Materias de Ley y formación de la ley
(iii) Estado Plurinacional y libre determinación de los pueblos
(iv) Sistema electoral y organizaciones políticas

Bloque 2 (o Segundo Informe):

(i) Buen gobierno, probidad y transparencia pública
(ii) Seguridad pública, defensa nacional y rol de las Fuerzas Armadas en el régimen democrático contemporáneo
(iii) Relaciones Exteriores, integración regional y cooperación transfronteriza.
(iv) Estados de excepción constitucional

A la fecha de publicación de este documento, solo han sido aprobados por los dos tercios del Pleno —y son, por tanto, parte de la propuesta de Constitución— artículos referentes al Estado Plurinacional. Los demás asuntos del primer bloque fueron —como se adelantó— rechazados en el Pleno del 18 de marzo, y son abordados por un informe de reemplazo que se vota el miércoles 13 de abril.

Respecto del segundo bloque, la Comisión está votando su articulado en particular, el cual despachará —según el cronograma establecido— este viernes 15 de abril. El presente documento solo se referirá a los asuntos del primer informe, dado el avance de su discusión.

III. Temas clave aprobados en discusión

1. Plurinacionalidad

Los únicos artículos aprobados por dos tercios del Pleno (y que por tanto son parte de la propuesta de nueva constitución hasta el momento) tienen relación con el reconocimiento de la plurinacionalidad del Estado de Chile, destacando los siguientes puntos:

a) El reconocimiento específico de once pueblos originarios[162] como "pueblos y naciones preexistentes al Estado".

b) El reconocimiento de derechos colectivos como la libre determinación, autonomía, autogobierno, identidad y cultura, reconocimiento de sus tierras, instituciones, jurisdicciones y autoridades, entre otros, de cada pueblo.

c) Que el Estado debe garantizar la participación de estos pueblos, incorporando su representación en la estructura del mismo y en la distribución del poder.

[162] Dice el inciso tercero del artículo 4 que "Son pueblos y naciones indígenas preexistentes los Mapuche, Aymara, Rapa Nui, Lickanantay, Quechua, Colla, Diaguita, Chango, Kawashkar, Yaghan, Selk'nam y otros que puedan ser reconocidos en la forma que establezca la ley".

¿Qué consecuencias tiene esto?

a) Se termina con la unidad del Estado: Pese a que el texto del artículo 4 dice que esta plurinacionalidad se da "en el marco de la unidad del Estado", en la práctica lo que establece es que ciertos grupos privilegiados podrán vivir bajo otras autoridades, otras leyes y otros tribunales, mientras gozan de los beneficios del Estado de Chile. No se entiende que existe un único Estado si no es bajo ciertos márgenes institucionales y jurídicos comunes, además de los elementos de población y territorio comunes,[163] todo lo cual es afectado por los artículos 4 y 5 aprobados.

b) Se termina con la unidad de Chile como Nación: Este es el primer artículo de la propuesta de constitución que establece la pluralidad de "pueblos" en Chile. Al dejar de hablar de un solo pueblo, se ve alterada nuestra unidad como nación, lo que es complejo desde lo simbólico (los símbolos patrios son de la nación chilena) y desde lo jurídico (por lo expresado en el punto anterior).

c) Se afecta gravemente la igualdad ante la ley: Este principio básico de la democracia moderna es pasado a llevar, dado que la Constitución reconoce privilegios inéditos a ciertos grupos, en atención a su origen étnico. Se instaura un verdadero racismo institucionalizado, en virtud del cual ser de un pueblo originario habilita a acceder a puestos asegurados en órganos del Estado, o actuar al margen de las leyes que rigen para todos los chilenos. Este problema se intensifica al ver que el artículo 61 la propuesta del informe de reemplazo, propone un registro electoral especial para la elección de los parlamentarios de escaños reservados, cuya elaboración se encarga al Servel "sobre la base de los archivos que administren los órganos estatales, los que posean los pueblos y naciones

[163] Rojas, Gonzalo; Achurra, Marcela y Dusaillant, Patricio (pp. 77-88).

indígenas sobre sus miembros y de las solicitudes de ciudadanos y ciudadanas que se autoidentifiquen como tales, en los términos que indique la ley."

2. Presidente - Poder Ejecutivo

En resumidas cuentas, la propuesta del informe de reemplazo establece:

a) Se mantiene —en términos nominales— el régimen presidencial: El Presidente de la República es Jefe de Estado y Jefe de Gobierno. En la propuesta original de la Comisión se propuso integrar figuras como la del Vicepresidente (elegido en dupla con el Presidente) y la del Ministro de Gobierno (ratificado por el Congreso), como figuras coordinadoras del Gabinete y que se relacionarían especialmente con las Cámaras. Ambas fueron desechadas.

b) Se baja la edad mínima para ser Presidente a 30 años.

c) Se termina con la iniciativa exclusiva, pasándose a un régimen de "concurrencia presidencial necesaria": Esto implica que la iniciativa exclusiva no es del Presidente, sino que éste debe concurrir a la tramitación de dichas leyes, que pueden por tanto ser presentadas por parlamentarios. Se regulan en el artículo 26 del informe de reemplazo:

> *"Artículo 26°.- Son leyes de concurrencia presidencial necesaria:*
>
> *a. Las que irroguen directamente gastos al Estado;*
>
> *b. Las leyes relacionadas con la administración presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos;*

c. Las que alteren la división política o administrativa del país;

d. Las que impongan, supriman, reduzcan o condonen tributos de cualquier clase o naturaleza, establezcan exenciones o modifiquen las existentes, y determinen su forma, proporcionalidad o progresión;

e. Las que contraten o autoricen a contratar empréstitos o celebrar cualquier otra clase de operaciones que puedan comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado, de las entidades semifiscales, autónomas y condonar, reducir o modificar obligaciones, intereses u otras cargas financieras de cualquier naturaleza establecidas en favor del Fisco o de los organismos o entidades referidos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 22, letra c, y

f. Las que dispongan, organicen y distribuyan las Fuerzas Armadas para su desarrollo y empleo conjunto".

¿Qué consecuencias tiene esto?

a) La concentración de poder en la Cámara de Diputados, como se verá en el siguiente apartado en profundidad.

b) Se institucionaliza el populismo legislativo. Al establecer estas leyes de concurrencia presidencial necesaria, lo que se hace es consagrar constitucionalmente las prácticas en las que ha incurrido el Congreso este último tiempo, forzando al Ejecutivo a sumarse a proyectos que impactan al erario público, y que son presentados muchas veces con pretensiones electorales.

c) Se quitan las materias de seguridad social como materias en que el Presidente tiene la iniciativa. Ni siquiera se incorporan como materias

de concurrencia presidencial necesaria en esta nueva regulación. Ello probablemente responde a la discusión previsional actual y los retiros de fondos.

3. Congreso

En este asunto, el contenido del informe de reemplazo no es muy diferente al que fue rechazado en primera instancia:

a) El Senado es eliminado para dar paso al "Congreso de las Regiones": Al respecto, el articulado es enfático en omitir la calidad de cámara legislativa de este órgano. Según el artículo 4, solo el "Congreso de Diputados" "ejerce la potestad legislativa".

b) La única atribución que tiene este "Congreso de las Regiones" es concurrir a la formación de las leyes de acuerdo regional. Por tanto, se suprime toda otra atribución del actual Senado, como las que actualmente tiene de concurrir a nombramientos de autoridades o actuar como jurado de las acusaciones constitucionales. Además, todos los proyectos de ley comienzan su tramitación en la Cámara de Diputados (art. 29).

c) Establecen las leyes de acuerdo regional, en las que participa este supuesto "nuevo Senado". El listado de las mismas se reduce -en términos generales a asuntos regionales y territoriales, la ley de presupuestos, leyes electorales y de partidos políticos, y algunas reformas constitucionales.

d) La Cámara tiene poder absoluto de veto en la tramitación de las leyes de acuerdo regional. Esto es, si hay discrepancia entre la Cámara y el Congreso de las Regiones se forma un comisión mixta, pero la de Diputados siempre puede insistir por cuatro séptimos con su proyecto. Por ello, la Cámara de Diputados siempre tendrá "la sartén por el mango".

e) Se adopta un sistema de "dominio mínimo legal", que no limita las materias de ley, disminuyendo por tanto el ámbito de la potestad reglamentaria presidencial. Eso se observa en la utilización de la nomenclatura del artículo 22 (sólo en virtud de una ley se puede[…]) en reemplazo de la actual (sólo son materias de ley[…]).

¿Qué consecuencias tiene esto?

a) Se consagra un sistema unicameral de facto. La Cámara de Diputados detenta un poder sin contrapeso. Incluso algunos hablan de un parlamentarismo *de facto.* Esto se justifica en que:

· No hay un segundo trámite legislativo sino para un conjunto limitado de proyectos (leyes de acuerdo regional);
· La Cámara tiene facultad de veto constante, insistiendo por 4/7 en los casos en los que no hay acuerdo con la "Cámara de las Regiones";
· Acumula todas las facultades que actualmente se reparten entre el Senado y la Cámara, dentro de lo que se cuentan las atribuciones fiscalizadoras, autorizar al presidente a ausentarse por más de 30 días, rehabilitar la ciudadanía, nombramiento de autoridades, entre otras.

b) Se instala un "nuevo Senado" decorativo. Este nuevo órgano no es propiamente una cámara legislativa, sino que participará de algunos proyectos (y siempre con el Congreso de Diputados pudiendo imponer su veto). Además, quedará fuera de la tramitación de proyectos de políticas públicas tan importantes como salud, educación o transporte.

Una clara demostración de que este órgano se propone para "blanquear" el *unicameralismo de facto* es que sería elegido conjuntamente con

las autoridades comunales y regionales, no con el Congreso y el Presidente (artículo 10).

c) El paso al sistema de dominio máximo a dominio mínimo legal aumenta aún más el poder de la Cámara, dado que se reduce el ámbito de la potestad reglamentaria del Presidente y se aumenta el ámbito en que el Congreso puede regular.

d) Se dejan sin regular las acusaciones constitucionales. No son mencionadas expresamente (por falta de acuerdo entre las izquierdas), lo que podría hacer concluir —a partir del resto de la regulación— que la Cámara de Diputados tendrá el poder de conocerlas y juzgarlas. En otras palabras, que podría destituir Ministros —y otras altas autoridades— por mayoría, lo que hace tambalear fuertemente la idea de que el régimen seguirá siendo presidencialista.

4. Sistema Electoral

El informe de reemplazo establece —en términos generales— lo siguiente:

a) El sistema electoral debe regularse por ley, conforme a los principios de igualdad sustantiva, paridad y alternabilidad de género.

b) Se establece el voto obligatorio para las personas mayores de 18 años

c) Se otorga derecho a voto (facultativo) a las personas de 16 y 17 años.

d) Se constituye un distrito especial exterior, para que los chilenos residentes en el extranjero puedan elegir diputados

e) Se consagran constitucionalmente los escaños reservados para pueblos indígenas, a nivel nacional, regional y local, en base a las siguientes reglas:

· Se definirán en proporción a la población indígena dentro del territorio, y se aplicarán criterios de paridad en sus resultados.

· Se debe asegurar la representación de todos los pueblos indígenas reconocidos en la Constitución

· Votarán por ellos quienes formen parte del Registro Electoral Indígena. Este registro "será construido por el Servicio Electoral sobre la base de los archivos que administren los órganos estatales, los que posean los pueblos y naciones indígenas sobre sus miembros y de las solicitudes de ciudadanos y ciudadanas que se autoidentifiquen como tales, en los términos que indique la ley".

f) Se establece el derecho a un escaño reservado para el pueblo tribal afrodescendiente chileno.

¿Qué consecuencias tiene esto?

a) Voto Obligatorio: Además de las obvias consecuencias que esto tiene a nivel electoral, al establecerlo a nivel constitucional busca saltarse "por secretaría" el debate que lleva un tiempo avanzando en el Congreso.

b) Voto para menores de edad: Esto tiene obvias consecuencias electorales (que los sectores de izquierda asumen favorables para ellos), y -a nuestro juicio- forma parte de la estrategia de ciertas para politizar a la juventud desde la más temprana edad posible.

c) Distrito electoral exterior: Esto tiene obvias consecuencias electorales, que la izquierda asume favorables. Pretenden sumar un escaño extra, dados los resultados que suelen tener en las votaciones en el extranjero.

d) Escaños reservados: Además de alterar exageradamente la composición política de los espacios de poder (como ha demostrado la Convención), es un atentado directo contra la democracia representativa y la igualdad ante la ley. Por un lado, se asume que solo siendo parte de

una etnia puedes representar a los de tu mismo origen étnico. Por otro, se consagran posiciones de privilegio a quienes se "autoperciben" como parte de dichas etnias.

5. Partidos Políticos

En el informe original de la Comisión se consagraba constitucionalmente la figura de los "movimientos políticos sociales", que se elevaban a un nivel similar al de los partidos. Ello constituía un problema, dado que permitía que grupos de "independientes" o "cacicazgos locales" tuviesen mucha facilidad para ser electos, con menos requisitos que los que tienen los partidos en cuanto a transparencia o fiscalización ciudadana. Ello podría hacer aún más frecuentes situaciones como las que se vivieron en la Convención con la "Lista del Pueblo".

Sin embargo, esta regulación fue rechazada y no logró un nuevo acuerdo entre las izquierdas. Por eso, la regulación de este tema quedó reducida a dos artículos de carácter más general:

> *"Artículo 63°.- La Constitución garantiza el pluralismo político. Las organizaciones políticas son entidades públicas no estatales, de carácter voluntario, que concurren a la formación de la voluntad popular. Deberán presentar un programa que oriente su actividad política.*
>
> *La ley regulará sus condiciones de constitución, organización, funcionamiento y disolución, así como las exigencias de transparencia, probidad y democracia interna que les serán aplicables.*
>
> *La Constitución protege el derecho de todas las personas a participar en organizaciones políticas y a postular*

a cargos de elección popular a través de ellas o como independientes. La ley regulará las condiciones del ejercicio de este derecho.

Las organizaciones políticas y las candidaturas estarán sujetas a la supervigilancia y fiscalización del Servicio Electoral. Su contabilidad será pública y sus fuentes de financiamiento no podrán provenir de dineros, bienes, donaciones, aportes ni créditos de origen extranjero o de personas jurídicas.

El Estado garantizará la equitativa promoción, debate y difusión electoral de las candidaturas, a través de los medios de comunicación.

Artículo 64°.- Las organizaciones políticas reconocidas legalmente deben implementar la paridad en sus espacios de dirección, asegurando la igualdad sustantiva en sus dimensiones organizativa y electoral, y promoviendo la plena participación política de las mujeres e identidades trans y no binarias. Asimismo, deberán destinar un financiamiento electoral proporcional al número de dichas candidaturas.

El Estado y las organizaciones políticas deben tomar medidas para erradicar la violencia contra las mujeres y disidencias sexuales y de género en la vida política, con el fin de asegurar que ejerzan plenamente sus derechos políticos".

¿Qué consecuencias tiene esto?

a) Se comienza a hablar de organizaciones políticas: Con ello queda la puerta abierta a considerar otro tipo de movimientos a la misma altura

que los partidos. Si bien eso no queda explícitamente señalado, por la historia de la discusión —antes mencionada— se puede entender aquello.

b) Se insiste en consagrar principios como la paridad: Esto —si bien puede tener el loable objetivo de fomentar la participación de ciertos grupos— también horada el principio de la igualdad del voto y la democracia representativa.

IV. Conclusiones

La aprobación del informe de reemplazo sería una mala noticia para Chile. Si bien la crisis del sistema político nos obliga a repensarlo, proponiendo reformas y mejoras, es muy importante no olvidar nuestra historia constitucional, y entender que nada lograremos intentando refundar "desde arriba" nuestra orgánica institucional.

Dada la importancia que tiene el régimen político, sus cambios deben hacerse "en serio", estudiadamente y de manera paulatina. Es clave —en este sentido— intentar evaluar las posibles reformas al sistema político que tiendan a equilibrarlo en todas sus dimensiones y considerando los datos y la historia, más allá de los slogans. Por muy académico que puede ser este debate, tiene consecuencias que impactan directamente en la vida de las personas, y un experimento mal hechos podría impactarlos negativamente por décadas.

Por ello, resulta difícil de justificar la propuesta de eliminar un órgano como el Senado, que aporta seriedad y reflexión al debate legislativo, mejora la calidad de las leyes y otorga a las regiones una posibilidad de equilibrar el peso de las grandes ciudades (que por su alta población influyen mucho más en la Cámara de Diputados). Ello solo significará el aumento del centralismo, un aumento en la fragmentación política y una acumulación de poder inusitado en la Cámara.

Al respecto, uno de los principales argumentos que se ha dado para tomar esta decisión es la "ineficacia" que tendría nuestro sistema bicameral para aprobar leyes. Andrés Dockendorf desmitificó este punto de manera clara en su exposición ante la Comisión de Sistema Político. Contrario a lo que muchas veces se suele decir, el profesor de la U. de Chile demostró que no hay mayores diferencias entre regímenes en cuanto a la eficacia que tienen los gobiernos para lograr ejecutar sus programas y aprobar sus mociones legislativas.

EFICIENCIA EN LA TOMA DE DECISIONES

1) En el parlamentarismo, los gobiernos porponen 70% de la agenda legislativa y se aprueba 80% (Saiegh 2014). Los MPs presentan 30% de la agenda y se aprueba menos de 20%.
2) En los presidencialismos, el ejecutivo propone 25% de la agenda. 65% de los proyectos del ejecutivo se aprueban; 20% de las iniciativas legisladoras se aprueban.

Los gobiernos divididos no afectan la probabilidad de que las iniciativas apoyadas por el presidente sean exitosas (Mayhew 1991)

ÉXITO LEGISLATIVO DE LOS EJECUTIVOS POR TIPO DE RÉGIMEN			
FORMA DE GOBIERNO	MEDIA (%)	MIN	MAX
Parlamentaria	81.76	34	100
Mixto	76.08	22,2	98
Presidencial	70.22	36,2	93,1

Fuente: Diermeier & Vlaicu 2011.
Imagen 1 [165]

[164] Andrés Dockendorf (04 noviembre 2021) *Régimen Político. Algunos antecedentes.* Santiago de Chile: Audiencia para la sesión n°8 de la Comisión sobre Sistema Político, Gobierno, Poder Legislativo y Sistema Electoral de la Convención Constitucional.

Dockendorf ahondó aún más en este punto, mostrando el porcentaje de efectividad en la aprobación de los mensajes presidenciales desde la vuelta a la democracia. El resultado es claro. Hay en líneas generales una alta efectividad, y poca variación entre las distintas coaliciones gobernantes.

EFICIENCIA EN LA TOMA DE DECISIONES: CHILE 1990-2018

No ha impedido que el Ejecutivo avance en su agenda legislativa

APROBACIÓN DE PROYECTOS DE LEY DEL EJECUTIVO		
GOBIERNO	PUBLICADOS (% TOTAL)	PUBLICADOS EN EL PERIODO (%)
Aylwin (1990-1994)	65,9	45,8
Frei (1994-2000)	82,9	66,1
Lagos (2000-2006)	78,3	64,7
Bachelet (2006-2010)	75,3	57,1
Piñera (2010-2014)	67,1	57,6
Bachelet (2014-2018)	71,5	57,6

Imagen 2 [165]

No obstante, Dockendorf aclaró que en el segundo gobierno del Presidente Piñera, en que supuestamente se llegó a la cúspide del "bloqueo legislativo", se aprobaron cerca del 60% de los mensajes.

[165] Andrés Dockendorf (04 noviembre 2021) *Régimen Político. Algunos antecedentes.*

Así, el argumento de la eficacia fue rápidamente destruido por profesor Dockendorf. Incluso nuestro criticado sistema presidencial con bicameralismo tiene una eficacia legislativa similar a los unicameralismos europeos. De hecho, los problemas de eficacia podrían empeorar con el experimento institucional que se propone, en que a la Cámara le será sencillo bloquear al Presidente con sus excesivas atribuciones. Terminamos volviendo a remarcar este último punto, porque es clave. De los equilibrios entre los llamados "Poderes del Estado" depende buena parte de la estabilidad del Estado de Derecho moderno y de la democracia.

Recordemos lo que concibió James Madison en El Federalista (1788), quien en una línea similar a Montesquieu con la separación de poderes, entendía que el equilibrio entre estos logra evitar "la acumulación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en las mismas manos",[166] como también que "ninguno de ellos debe poseer, directa o indirectamente, una influencia preponderante sobre los demás en la administración de sus respectivas facultades".[167]

Por tanto, no cabe duda que un Estado de Derecho permite la colaboración entre los diferentes órganos, considerando que su separación permite una correcta convivencia, los que se complementan y fiscalizan bajo la figura de los *check and balances.* No obstante, esta situación que consta de una gran tradición se ve amenazada por la propuesta de Sistema Político.

En definitiva, la instalación de una Cámara legislativa con poder de veto total y con atribuciones que la hacen competir en importancia con el Ejecutivo (en un sistema supuestamente presidencial) es un mal experimento, y no contribuirá a alcanzar los objetivos que la misma Comisión se trazó: lograr gobiernos eficaces, menos parálisis institucional, menos fragmentación política y más paz social.

---

[166] Hamilton, Alexander; Madison, James y Jay, John (p. 302)
[167] Hamilton, Alexander; Madison, James y Jay, John (p. 309)

Referencias bibliográficas

1. Primer Informe e Informe de Reemplazo de la Comisión de Sistema Político de la Convención Constitucional, disponibles en: https://bit.ly/37IMqxA

2. Dávila, Mireya. *Presidencialismo a la chilena: coaliciones y cooperación política,* 1990-2018 (Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 2020).

3. Dockendorf, Andrés. (04 noviembre 2021) *Régimen Político. Algunos antecedentes.* Santiago de Chile: Audiencia para la sesión n°8 de la Comisión sobre Sistema Político, Gobierno, Poder Legislativo y Sistema Electoral de la Convención Constitucional. Disponible en Youtube (minutos 1:51:00- 2:04:29) en: https://www.youtube.com/watch?v=6NWgDcKwt8w&t=6699s

4. García Huidobro, Luis Eugenio y Sierra, Lucas (e) *Diez miradas sobre el sistema de gobierno: diagnóstico y propuestas para la nueva Constitución* (CEP, Santiago de Chile, 2022).

5. Hamilton, Alexander; Madison, James y Jay, John. *El Federalista* (IES, Santiago de Chile, 2018).

6. Rojas, Gonzalo; Achurra, Marcela y Dusaillant, Patricio (e). *Derecho Político: apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz* (Ediciones UC, Santiago de Chile, 1996)

7. Soto, Sebastián. *La hora de la Re-Constitución* (Ediciones UC, Santiago de Chile, 2018).

APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 8

Los riesgos de una constitución indigenista

EQUIPO PROGRAMA DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES FJG

A esta altura del proceso constituyente, para nadie debiese ser un secreto que la agenda indigenista se ha tomado la Convención Constitucional. En vez de reconocer a Chile por lo que es, un país con múltiples culturas integradas bajo una sola nación, las mayorías extremistas de la Convención han preferido optar por el camino de la división. Ya desde el primer artículo, la propuesta de Constitución define al Estado de Chile como plurinacional. Igualmente, así es consignado en los artículos 4 y 5 del primer informe de Sistema Político, incluyendo el reconocimiento de derechos colectivos como la libre determinación, autonomía y autogobierno, así como también de tierras, instituciones, jurisdicciones y autoridades para cada uno de los once pueblos mencionados en el proyecto. No cabe duda de que muchas de las problemáticas denunciadas por las comunidades indígenas son merecedoras de reconocimiento y solución, pero la vía de la plurinacionalidad no hará más que acentuar el desencuentro y la división en un país

que requiere más que nunca abrazar aquellos símbolos y valores que unen a los chilenos.

A continuación, enseñamos cinco artículos del proyecto de nueva constitución que profundizan la agenda indigenista de grupos extremos, y que ponen en riesgo la paz y la unidad de Chile:

I. Pluralismo Jurídico

El principio de la plurinacionalidad que inspira gran parte de la propuesta de texto constitucional tiene una de sus manifestaciones principales en la consagración del pluralismo jurídico, el cual se encuentra contenido, tanto implícita como explícitamente, en varias de las normas emanadas de la Comisión de Sistemas de Justicia.

El pluralismo jurídico —junto con la paridad, perspectiva de género y otras políticas progresistas del sector mayoritario de la Convención— es uno de los pilares de la propuesta del Poder Judicial, al estructurarlo ya no como un poder único y concentrado, sino como un conjunto de sistemas de justicia paralelos:

> *"Artículo 2°.- Pluralismo jurídico. El Estado reconoce los sistemas jurídicos de los Pueblos Indígenas, los que en virtud de su derecho a la libre determinación coexisten coordinados en un plano de igualdad con el Sistema Nacional de Justicia…".*

Además, el articulado aprobado señala que, cuando se trate de personas indígenas:

> *"(…) los tribunales y sus funcionarios deberán adoptar una perspectiva intercultural en el tratamiento y resolución*

> *de las materias de su competencia, tomando debidamente en consideración las costumbres, tradiciones, protocolos y los sistemas normativos de los pueblos indígenas, conforme a los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos de los que Chile es parte.".*

Estos artículos ponen en riesgo el principio de igualdad ante la ley, por diversos motivos. En primer lugar, porque la Convención prefirió deliberadamente pasar por alto cualquier límite a los sistemas de justicia indígena, dejando fuera el inciso que señalaba que solo podrían conocer conflictos entre miembros de un mismo pueblo originario. Así, los chilenos quedan a la deriva de un sistema arbitrario y desconocido. Además, se omite el derecho a opción de toda persona, independiente de su etnia, a someter las controversias ante tribunales ordinarios y conforme a las leyes.

Por si no fuera suficiente, se establecen privilegios arbitrarios que favorecen a los miembros de pueblos indígenas, al consagrar la "perspectiva intercultural" como regla a la hora de juzgar. La consideración de "costumbres, tradiciones, protocolos y sistemas normativos indígenas" podría llevar a la aplicación de criterios distintos para juzgar y sancionar a chilenos indígenas y no indígenas de manera desigual.

De esta manera, la Convención convierte el proyecto de nueva constitución en un texto separatista e indigenista, que distinguirá entre los chilenos por razones de raza y etnia.

II. Restitución de tierras, territorio y recursos indígenas

Uno de los grandes debates que se tomó la Comisión de Derechos Fundamentales fue respecto al artículo 21 de su segundo bloque, sobre derecho a las tierras, territorios y recursos indígenas. Este establece que "la propiedad de las tierras indígenas goza de especial protección", que la restitución constituye "un mecanismo preferente de reparación" y que "el Estado establecerá instrumentos jurídicos eficaces para su catastro, regularización, demarcación, titulación, reparación y restitución".

El artículo deja más de alguna duda. Dado que no existe una definición exacta de cuáles son las tierras y territorio indígena, eventualmente podría verse afectada la propiedad de muchos chilenos. Esa preocupación aumenta si es que se considera que el privilegio que se otorga a los indígenas al establecer que sus tierras gozan de especial protección, y que las reglas de expropiación consagradas en el artículo 20 del mismo bloque sobre derechos fundamentales entregan pocas certezas jurídicas para las personas expropiadas.

Si bien es cierto será tarea del Estado establecer los instrumentos de catastro, demarcación y restitución, la norma transitoria propuesta por los escaños reservados no logra disipar las dudas. La norma —aún por ser discutida— establece la creación de una Comisión Territorial Indígena, la cual estará compuesta "por representantes de todos los pueblos y naciones indígenas" electos democráticamente y "actores interesados, expertos e instituciones nacionales e internacionales que el Presidente de la República, con acuerdo de los pueblos, consideren pertinentes para el objeto de la Comisión". Como puede observarse, los pueblos indígenas tendrán una presencia mayoritaria en esta Comisión, lo que puede llevar al uso de criterios sesgados a la hora de demarcar y restituir tierras.

A todo lo anterior se suma, nuevamente en el artículo 21 antes mencionado, la consagración del derecho de los pueblos indígenas "a utilizar los recursos que tradicionalmente han usado u ocupado, que se encuentran

en sus territorios y sean indispensables para su existencia colectiva". La determinación de estos y otros conceptos indeterminados ponen en riesgo la relación entre chilenos indígenas y no indígenas a nivel territorial.

III. Escaños Reservados

El proyecto de nueva constitución consagra la creación de escaños reservados para pueblos indígenas en los órganos colegiados de representación popular a nivel nacional, regional y local; los cuales se definirán en proporción a la población indígena dentro del territorio, y con la aplicación de criterios de paridad en sus resultados. Además, se elegirá en un distrito único nacional, asegurando la representación de todos los pueblos indígenas reconocidos en la Constitución.

Votarán por ellos quienes formen parte del Registro Electoral Indígena. Este registro "será construido por el Servicio Electoral sobre la base de los archivos que administren los órganos estatales, los que posean los pueblos y naciones indígenas sobre sus miembros y de las solicitudes de ciudadanos y ciudadanas que se autoidentifiquen como tales, en los términos que indique la ley".

De esta manera se afecta gravemente la igualdad del voto. Pues, al definir el número de escaños en base a la proporción de población indígena respecto del total de habitantes (y no en base a los votos que efectivamente reciben, por ejemplo), el voto de quienes estén en el registro electoral indígena puede llegar a valer cientos de veces más que el del resto de los chilenos. Para que se entienda: llevado al extremo, si mantenemos los 17 cupos actuales para el Congreso de Diputados, bastaría llevar 17 candidatos y que cada uno vote por sí mismo para ser electos.[168]

[168] En todo caso, el ejemplo no es tan descabellado, viendo que la convencional Margarita Vargas (Kawashkar) fue electa con 95 votos, y Lidia Gonzáles (Yagán) con 61.

Quienes han seguido de cerca a la Convención han podido observar cómo este problema de sobrerrepresentación indígena, materializado en la presencia de los escaños reservados, se ha traducido en un poder exageradamente desproporcionado, considerando, además, que solo un 22% del padrón indígena votó por dichos representantes. Esto ha hecho que temas como la plurinacionalidad, la autonomía y sus privilegios hayan sido algunos de los temas centrales para la Convención, en lugar de aquellos señalados como los más importantes por los chilenos.

Los escaños reservados constituirán una alteración artificial de la composición de todos los órganos a nivel nacional, regional y local, afectando gravemente el principio de democracia representativa y la confianza en el proceso constituyente.

IV. Autonomías Territoriales Indígenas

El factor territorial también ha tenido un lugar importante en lo que respecta al debate sobre materias indígenas. El proyecto de propuesta constitucional divide al territorio nacional en diferentes unidades administrativas, las cuales contemplan territorios especiales y las autonomías territoriales indígenas.

Respecto a las autonomías territoriales indígenas, es clave señalar que se les reconoce autonomía política, administrativa y financiera para la realización de sus fines. Además, se consagra el reconocimiento de personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio. Para constituirse, los pueblos y naciones indígenas deberán pasar previamente por un proceso de participación y consulta indígena. Se entrega a la ley la potestad de establecer las competencias exclusivas de las autonomías territoriales indígenas.

Existen tres grandes problemas que traen aparejadas las autonomías territoriales indígenas, los cuales no tienen garantía de solución ni en

el corto ni mediano plazo: El primer problema es la determinación territorial de la autonomía territorial indígena. Ya que, al ser una unidad administrativa que nunca ha existido, surge la duda de cuáles serán las extensiones territoriales de estos territorios. Esta medida puede afectar a diferentes comunas y regiones, total o parcialmente.

Otro problema es la superposición territorial y las contiendas de competencia. Las autonomías territoriales indígenas deberán coexistir, al menos, con un Gobierno Regional. En un contexto de conflictividad real como el que se vive en la macrozona sur y que involucra a asociaciones que dicen representar la voz indígena, surgen serias dudas de si todas las autonomías acatarán las potestades nacional y regional con el mismo compromiso.

Finalmente, la determinación de la orgánica interna de las autonomías territoriales indígenas plantea serias preguntas: ¿Tendrán un sistema estándar de autoridades, con pesos y contrapesos; o cada autonomía determinará cuáles serán sus autoridades? ¿Se someterán a los criterios de democracia, paridad de género, pertenencia territorial y avecindamiento que se exigen para las autoridades públicas; o en razón con su carácter preexistente se les permitirá omitir estas exigencias?

V. Usos tradicionales sobre las aguas

El artículo 4 del segundo bloque de normas de la Comisión de Medio Ambiente, Derechos de la Naturaleza, Bienes Naturales Comunes y Modelo Económico dispone que a los pueblos originarios se les reconocen sus usos tradicionales sobre las aguas que estén en sus autonomías territoriales indígenas o en sus territorios. El Estado debe, además, garantizar su protección, integridad y abastecimiento. En otras palabras, el Estado tiene deberes especiales respecto de los usos tradicionales de los pueblos indígenas del agua que hay en sus distintos territorios.

El gran problema que hay con la norma es que establece una discriminación basada en el origen del titular de las aguas. Solamente por ser miembro de pueblo indígena se tiene especial protección por parte del Estado, que garantiza los usos tradicionales, mientras que los chilenos no indígenas no tienen una protección a nivel constitucional de sus autorizaciones de uso, y deben someterse a las priorizaciones establecidas en el artículo 1 del segundo bloque de normas ya mencionado.

No quedó claro, por lo demás, si el concepto de "integridad" se refiere a las aguas o a los usos tradicionales. Si es lo primero, esto afectaría a los terceros chilenos no indígenas que podrían también usar las aguas de la cuenca que pasa por territorio indígena. Sus intereses podrían verse supeditados a estos usos tradicionales que dependen de las aguas que no pueden ser arrebatadas a los pueblos originarios. Se establecen, al final, usuarios de aguas de primera y de segunda categoría.

Por otro lado, los territorios indígenas no están para nada delimitados. De hecho, en lo que respecta desde la cuarta región hacia el norte, varias comunidades indígenas han reclamado que sus tierras ocupen las cuencas de los ríos más importantes. Con la priorización antes descrita, esto dejaría en una situación muy precaria a los chilenos que dependen de las pocas fuentes de agua que hay en esa zona.

VI. Conclusiones

A pesar de que el proyecto de nueva constitución establece que la plurinacionalidad se desarrollará "en el marco de la unidad del Estado", lo que se observa en este Apunte Constitucional son bajadas prácticas de una agenda indigenista, marcada por la consagración de privilegios políticos, jurídicos y territoriales. Principios y derechos como la igualdad ante la ley, el derecho de propiedad y la democracia representativa

se verán fuertemente vulnerados si es que se aprueba el texto propuesto por la Convención Constitucional. Pero más grave aún, es que el objetivo de lograr una convivencia pacífica entre las diversas culturas que conviven en nuestro país se verá frustrado. Muy por el contrario, las cinco medidas mencionadas en este trabajo solo contribuirán a acentuar conflictos y a terminar con la unidad de la nación chilena.

APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 9

Los riesgos de un ecologismo radical

TERESA ZAÑARTU TORRES [169]

La protección de la naturaleza es un elemento moderno en las Constituciones. De hecho, Chile fue pionero en la región al introducir el derecho a un medioambiente sano y libre de contaminación en lo que es el actual artículo 19 nº 8. Sin embargo, la crisis climática ha hecho que las regulaciones actuales queden obsoletas. Así, uno de los grandes objetivos de la Convención Constitucional al momento de constituirse era generar una normativa moderna y eficiente que hiciera a nuestro país pionero en el cuidado del medioambiente, y protegiera nuestros ecosistemas, para poder alcanzar el desarrollo en armonía con la naturaleza.

Lamentablemente, la Convención distorsionó este mandato. De reconocer, con votos de todos los sectores políticos, que el proyecto de

[169] Investigadora del Programa Estudios Constitucionales de la Fundación Jaime Guzmán. Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Actualmente está cursando Licenciatura en Historia en la misma casa de estudios.

Constitución se redacta en un contexto de crisis climática, pasó a aprobar artículos altamente divisorios, que no escuchan los consejos de expertos en la materia, y que están fuertemente teñidos de ecocentrismo. La bancada de los "eco-constituyentes" logró que se aprobaran artículos frutos del ecologismo radical, en que la naturaleza se personifica en Naturaleza, y toma preeminencia incluso por sobre las personas. Así, de una Constitución que buscaba un medioambiente sano desde una perspectiva antropocéntrica, se transita hacia una Carta Fundamental ecocentrista, que ve a las personas como un elemento prescindible dentro del ciclo de la Naturaleza, verdadero sujeto de derechos y eje central de la regulación.

Riesgo n°1: Derechos de la Naturaleza

En la Constitución vigente —que considera la tradición humanista antropocéntrica— las personas son sujetos de derecho, por sus cualidades únicas de razón y libertad. No obstante, el borrador de nueva Constitución se aleja de visión y considera a la naturaleza como sujeto de derechos, lo que necesariamente le quita su categoría de objeto de protección. Es decir, ahora la Naturaleza es elevada al mismo rango que los humanos, y es titular de los derechos "a que se respete y proteja su existencia, a la regeneración, a la mantención y a la restauración de sus funciones y equilibrios dinámicos". Estos derechos deberán ser ponderados con los de las personas, pues, serían iguales en jerarquía y, eventualmente, podrían primar por sobre los derechos humanos.

De hecho, en el artículo X, del segundo bloque de normas medioambientales aprobadas por el pleno, se dispone que los bienes naturales comunes (una suerte de reemplazo a los bienes nacionales de uso público) son custodiados por el Estado para asegurar los derechos de la Naturaleza

y, después, el interés de las generaciones presentes y futuras. Se mencionan los derechos de la Naturaleza pero no los humanos, y se protege a esos bienes en cuanto sustentan dichos derechos. En suma, no se resguardan los derechos fundamentales de las personas, en cambio, sí los de la naturaleza, cuando el objeto de la protección de la naturaleza debiese ser el ejercicio pleno de los derechos fundamentales.

Por lo tanto, si se daña un bosque en el sur para construir viviendas de emergencia para una población, el Estado deberá ponderar el derecho a la vivienda de las personas con el de la restauración de la Naturaleza. Por ponderación, podría fallar a favor de la Naturaleza y restaurarla, lo que es imposible porque implicaría volver a la época anterior al daño.

Riesgo n°2: Limitaciones a la propiedad por la naturaleza

Lo aprobado por el Pleno de la Convención debilita las facultades del dominio del dueño sobre su propiedad. El borrador consagra que hay bienes naturales comunes que son apropiables. Sin embargo, sobre estos el Estado tiene un deber de custodio que lo facultaría para intervenir en esos bienes naturales que no son de su propiedad, pues "implica la facultad de regular su uso y goce". Esto no es sólo de un estatismo propio del siglo pasado, sino que debilita el derecho de propiedad con fines bastante amplios. Así, se limita uno de los derechos más fundamentales de las personas.

Por lo tanto, si una persona es propietaria de un terreno que califica como "alta montaña", el Estado, con la excusa de que es un bien natural común apropiable del cual es custodio, podría intervenir y limitar las actividades que hace allí (de recreación, ganaderas, etc.).

Riesgo n°3: Uso limitado a la protección del medioambiente

Bullado fue el hecho de que pasara al borrador de nueva Constitución que, con respecto a los bienes comunes naturales, no habrán más derechos reales de uso y goce que entraran al patrimonio del titular, sino que meras concesiones administrativas. El artículo 12D, del bloque de medioambiente, dispone que serán "para el uso de los bienes comunes naturales inapropiables, conforme a la ley, de manera temporal, sujeto a causales de caducidad, extinción y revocación, con obligaciones específicas de conservación, justificadas en el interés público, la protección de la naturaleza y el beneficio colectivo. Estas autorizaciones, ya sean individuales o colectivas, no generan derechos de propiedad". Además de que serían temporales, esencialmente revocables y sujetas a caducidad, tienen como condición de otorgamiento el estar justificadas en, entre otros, la protección de la naturaleza. Por lo tanto, excluye la posibilidad de obtener una autorización de uso si no tiene un fin ecológico.

Así, si un campesino requiere agua para cosechar trigo en una llanura en la que se tuvo que talar bosque para hacer espacio, le será imposible obtención de una autorización de uso sobre ella porque el objeto del uso y goce no contemplaría la protección de la naturaleza. Lo anterior, sin importar cuán importante para el derecho a la alimentación o la salud sea lo que produciría la empresa.

Riesgo n°4: In dubio pro natura

Dentro de los principios ambientales, que se aprobaron en el Pleno, está el principio precautorio, en el artículo 26 de las normas aprobadas por la Comisión de Medio Ambiente. Éste es fruto de un ecologismo radical, y dispone que si una obra humana pudiese llegar a afectar el medioambien-

te, no pueda realizarse. Esto, incluso si el que pide realizarla demuestra que puede evitar el daño; si existe la *posibilidad,* entonces la obra debe desecharse. Es, al final, la constitucionalización de un criterio que obliga a la persona a probar que definitivamente su actividad no producirá ningún daño, en vez de que el Estado deba demostrar que sí lo hace. Esto limitaría fuertemente las actividades humanas, pues, cualquier riesgo de afectación es suficiente para no realizarlas.

Entonces, por ejemplo, una empresa puede entrar al procedimiento de calificación ambiental para establecer un parque eólico de máxima tecnología para proveer energía limpia en sectores rurales de Magallanes, pero existe la posibilidad de que las aves cambien su ruta migratoria y se encuentren con las aspas de las turbinas. A pesar de que la empresa demuestra que eso es poco probable y que tomará igual todas las medidas para cambiar las turbinas de posición, el proyecto igual debiese rechazarse porque no hay certeza de que no se producirá el daño.

Riesgo n°5: Priorización en el uso de las aguas de los ecosistemas por sobre la alimentación de las personas

En el artículo 1 del segundo bloque de normas de la Comisión de Medio Ambiente aprobadas por el Pleno se encuentra la regulación de las aguas. Se establece allí una priorización de sus usos, siendo "el ejercicio del derecho humano al agua, el saneamiento y el equilibrio de los ecosistemas", y remitiendo a la ley la determinación de los demás. Por lo tanto, a pesar de que lo prioritario es el derecho humano al agua y el saneamiento, el equilibrio de los ecosistemas toma precedencia por sobre otros usos igualmente importantes para las personas y que no son mencionados. En resumen, usos como la generación de energía, diversas industrias productivas, e incluso los necesarios para la producción de alimentos para

los chilenos, son postergados por debajo del equilibrio del medioambiente y remitidos a la ley. Así, toma precedencia nuevamente los derechos de la naturaleza y el ecologismo por sobre derechos humanos básicos como el de alimentación.

Por ejemplo, si escasea agua en una cuenca de la zona central, los agricultores no podrán conseguir autorizaciones de uso, o no podrán usar las ya conferidas, pues la poca agua que hay tendrá que usarse no para alimentar a la población a través de la agricultura y ganadería, sino para conservar el ecosistema de un bosque en la cordillera.

Conclusiones

La Constitución que se está construyendo actualmente tiene un enfoque ecocentrista, que brilla más claro en algunos artículos como los ya expuestos. La aplicación práctica de este nuevo paradigma supondría un cambio fundamental en la forma que entendemos nuestra relación con la naturaleza, poniéndonos a su mismo nivel. Esto hace que se relativizan los derechos fundamentales de las personas, pues, éstas dejan de verse como sujetos distintivos, cuyas vidas y bienestar son el fin último del Estado. Por el contrario, sus derechos deberán ser ponderados con los de la Naturaleza, e incluso los primeros deberán subordinarse a los segundos. Lo anterior tendría consecuencias en la vida diaria de los chilenos: las iniciativas económicas serán más difíciles de emprender; se juzgarán las actividades humanas en cuanto su aporte a la mantención del equilibrio ecosistémico, sin importar lo urgente que sean las necesidades que las motiven; se debilitará el derecho de propiedad, etc. Todo esto, gracias a que la Carta Fundamental, la que regirá a los chilenos, dejará de verlos como el centro, que ahora será ocupado por la Naturaleza, cueste lo que cueste.

APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 10

Los riesgos de la incertidumbre y desigualdad ante la ley

SOFÍA VARELA IBARRA[170]

Chile es un Estado Democrático de Derecho y tal condición se ha buscado mantener, al menos en el papel, en la redacción del nuevo texto constitucional. De hecho, en el artículo 1 del primer informe de la Comisión Principios Constitucionales, se consagra este principio de gobernanza por el cual todas las personas e instituciones tanto privadas como públicas, como el Estado, se encuentran sometidas a las leyes, que se aplican igualitariamente, y su poder tiene como límite el pleno respeto a los derechos fundamentales. No obstante, el resto del articulado contiene varias normas que, lamentablemente, apuntan en otra dirección.

El hecho de que en nuestro país rija el Estado de Derecho implica la consagración de ciertos principios esenciales, como es el caso de la primacía constitucional, la separación de poderes, la legalidad o la no

[170] Investigadora del Programa Estudios Constitucionales de la Fundación Jaime Guzmán. Estudiante de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, sede Viña del Mar.

arbitrariedad. De estos destaca, por su especial relevancia, la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 N° 2 de la actual Constitución, principio esencial para la institucionalidad de nuestro sistema político democrático, por cuanto asegura un trato igualitario y no discriminatorio para todas las personas. Sin embargo, este principio se ve transgredido por diversas disposiciones aprobadas por el Pleno y que hoy forman parte de la propuesta de nueva constitución, especialmente debido al afán de mayorías radicales de incorporar ciertos principios como la paridad, perspectiva de género y pluralismo jurídico, que desoyendo las recomendaciones de los expertos, solo favorecen generar división en un país que está tan necesitado de unidad.

El peligro que implica la transgresión del principio de igualdad ante la ley y no discriminación para nuestro sistema institucional es inmenso. Las personas ya no serán consideradas por la legislación y los órganos estatales como iguales, sino que ciertas circunstancias particulares entrarán a actuar en favor de algunos chilenos contra otros, lo cual no solo generará altos niveles de incerteza jurídica, sino que además es algo inaceptable dentro de una institucionalidad democrática y de los estándares internacionales actuales.

A continuación se presentarán cinco normas de la propuesta de nueva constitución que ejemplifican las circunstancias antes mencionadas y que ponen en riesgo la convivencia pacífica y la unidad de nuestro país.

Riesgo n°1: Reglas distintas para juzgar a personas indígenas

El pluralismo jurídico es una manifestación del principio de la plurinacionalidad que subyace explícita e implícitamente en la gran mayoría de las normas de la propuesta de nueva constitución. Este consiste en el reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de los diversos sis-

temas normativos de cada pueblo indígena que reconoce la propuesta en un plano de igualdad con el denominado sistema nacional de justicia. De esta manera, el Poder Judicial deja de ser un poder del Estado y de poseer una estructura única y concentrada, para pasar a ser un conjunto de sistemas de justicia paralelos, cada uno formado por reglas, principios y criterios de aplicación distintos entre sí y diferenciados del sistema jurídico nacional. Con ello se logrará la conformación de una justicia pluralista y culturalmente heterogénea. Tal hecho provocará, no solo un problema de coherencia y coexistencia entre los diversos sistemas de reglas, sino situaciones de desigualdad e incertidumbre peligrosas para la institucionalidad del país. Esta norma se encuentra consagrada de la siguiente forma:

> *"Artículo 2°.- Pluralismo jurídico. El Estado reconoce los sistemas jurídicos de los Pueblos Indígenas, los que en virtud de su derecho a la libre determinación coexisten coordinados en un plano de igualdad con el Sistema Nacional de Justicia. Estos deberán respetar los derechos fundamentales que establece esta Constitución y los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que Chile es parte. La ley determinará los mecanismos de coordinación, cooperación y de resolución de conflictos de competencia entre los sistemas jurídicos indígenas y las entidades estatales".*

Otras normas aprobadas también señalan la posibilidad de que autoridades de los pueblos indígenas reconocidos por la Constitución ejerzan la función jurisdiccional; el "deber del Estado garantizar que los órganos que intervienen en el proceso respeten y promuevan el derecho a acceder a una justicia con perspectiva intercultural"; y la obligación de los tribunales y sus funcionarios de "adoptar una perspectiva intercultural en

el tratamiento y resolución de las materias de su competencia, tomando debidamente en consideración las costumbres, tradiciones, protocolos y los sistemas normativos de los pueblos indígenas" en el caso exclusivo de que se trate de personas indígenas.

Como se señaló anteriormente, estas normas generarán una serie de problemas graves, no solo para la organización del Poder Judicial y la justicia, sino que también repercutirán en la vida cotidiana de los ciudadanos.

En primer lugar, es evidente que la pluralidad de sistemas jurídicos diversos causará problemas de coordinación con el Sistema Nacional de Justicia, lo que eventualmente implica una transgresión al esencial principio de la unidad jurisdiccional como base de la organización y funcionamiento del Poder Judicial, por cuanto se generará un desmembramiento de este, y los "tribunales" de los pueblos indígenas aplicarán, como se señala, una normativa diversa a la ley común para todos los chilenos; vale decir, las costumbres y tradiciones de cada pueblo indígena. Además, el hecho de que existirán 11 subsistemas indígenas perjudica la correcta administración de la justicia por cuanto complejiza y ralentizará el sistema, impidiendo una resolución expedita y certera de las controversias jurídicas.

En segundo lugar, las normas anteriores suponen una flagrante violación al principio de igualdad ante la ley. En efecto, respecto a ciertas personas, por el mero hecho de pertenecer a cierta etnia, se aplicarán normas distintas que podrían llegar a generar situaciones jurídicas privilegiadas. En el fondo, los miembros de los pueblos indígenas reconocidos por la Constitución no estarán sujetos al mismo estatuto jurídico y principios que el resto de los chilenos. Esta situación de desigualdad se produce esencialmente debido a que la Convención no estableció ningún tipo de limitación para el ejercicio y aplicación de estos sistemas jurídicos indígenas, ni en la competencia o materias de las que pueden conocer las autoridades indígenas.

Ello permitiría que las jurisdicciones indígenas, no solo administren justicia respecto de miembros de su pueblo, sino que queda abierta la posibilidad de que personas no indígenas se vean "arrastradas" a una jurisdicción que aplicará normas y costumbres que desconocen por completo. Esto se debe a que se omite el derecho a opción de toda persona, independiente de su pertenencia o no a un pueblo, a someter las controversias ante el Sistema Nacional de Justicia. Es más, debido a que no se delimita la competencia de las jurisdicciones indígenas, que no debieran tener injerencia en materias de derecho público, podrían surgir situaciones aberrantes como las que señalaba Boaventura de Sousa Santos —uno de los principales exponentes del pluralismo jurídico culturalista— quien sostuvo que en jurisdicciones indígenas se podrían considerar "latigazos" como pena alternativa a la cárcel; una situación de desigualdad arbitraria y escandalosa.

Por último, el pluralismo jurídico debilita la certeza jurídica y el debido proceso, ya que se reconoce el derecho consuetudinario de cada pueblo, cuya fuente es la costumbre, que no está codificada ni tampoco es conocida por todas las personas. Con ello se genera incertidumbre respecto al derecho aplicable al caso concreto. Se permitiría, además, que autoridades indígenas, como un *lonko* o consejo de ancianos, que no poseen una formación ni conocimientos mínimos sobre derecho, resuelvan controversias de relevancia jurídica por medio de la aplicación de un procedimiento que no está claramente establecido, y dicten una sentencia, generando no solo la desprofesionalización del ejercicio de la jurisdicción, sino también un nivel de incerteza jurídica que puede llegar a niveles intolerables e impedir a las personas desenvolverse libremente por el país.

En resumen, se propone una justicia indígena con características inaceptables y un texto constitucional separatista e indigenista, que distinguirá entre los chilenos por razones de etnia.

Riesgo n°2: Un consejo de justicia que amenaza la independencia de los jueces

Una de las grandes novedades relativas a la temática de órganos autónomos que debían consagrarse a nivel constitucional fue la creación del Consejo de la Justicia. Esta institución, regulada en los artículos 27 y siguientes del segundo bloque de la Comisión de Sistemas de Justicia, corresponde a aquel organismo encargado del "nombramiento, gobierno, gestión, formación y disciplina en el Sistema Nacional de Justicia", reemplazando a la actual Corte Suprema en dicho ámbito y concentrando el poder en el nuevo Sistema Nacional de Justicia, con la supuesta finalidad de fortalecer la independencia judicial.

Sin embargo, la forma en que está regulado este órgano, especialmente debido a su integración y forma de nombramiento de sus miembros, pone en peligro la independencia del Poder Judicial y deja abierta la posibilidad de su captura política. En efecto, de los 17 miembros que integrarán el órgano, solo 8 de ellos serán jueces, lo cual es contrario a las recomendaciones de académicos y organismos como la Comisión de Venecia o la propia Corte Suprema, quienes recomendaban establecer una mayoría de jueces en su composición. El motivo de esta recomendación es el resguardo de la independencia de los tribunales y la autonomía de los jueces, ya que la experiencia internacional, como es el caso de España o Argentina, ha demostrado que un Consejo compuesto por una minoría de jueces puede devenir en una captura política, dañando la institucionalidad y debilitando la independencia externa del Poder Judicial frente a los demás poderes del Estado. Si una entidad de tal carácter puede revisar las decisiones de los tribunales mediante la potestad disciplinaria, se afectará gravemente el concepto mismo de justicia y la certeza jurídica que requiere la sociedad en un estado de derecho. Al mismo tiempo, no se comprende el establecimiento de escaños reserva-

dos para pueblos indígenas, los que contarían con dos integrantes en el Consejo, una muestra más del indigenismo y separatismo que existe en la propuesta de nueva Carta Fundamental.

Por otro lado, estas normas establecen criterios de plurinacionalidad, paridad de género e inclusión para el funcionamiento e integración del Sistema Nacional de Justicia, intentando dotar a la administración de justicia de "enfoques" de naturaleza política que alejan al juez de cumplir la función esencial de aplicar la ley. De este modo, el Consejo de la Justicia podría, en virtud de su atribución para "efectuar una revisión integral de la gestión de todos los tribunales del sistema nacional de justicia", sancionar o disciplinar a los jueces y funcionarios que no consideren tales principios al momento de dictar sus resoluciones, lo que permitiría la imposición de sanciones disciplinarias e incluso decretar su remoción. Así, resultará posible que este Consejo imponga a los funcionarios del sistema de justicia la toma de decisiones parciales, favorables a ciertas personas bajo la fachada de aplicar el principio de plurinacionalidad; lo cual es una violación al principio de igualdad ante la ley y a la imparcialidad de los jueces.

Riesgo n° 3: Se acaba el control preventivo de constitucionalidad

Sin duda, el Tribunal Constitucional ha sido uno de los órganos más criticados en los últimos años. Es por ello que la Convención, con el ánimo de renovar esta institución, estableció la creación de una Corte Constitucional. Este organismo, regulado en los artículos 65 a 71 del segundo Bloque de la Comisión Sistemas de Justicia, estará "encargado de ejercer la justicia constitucional con la finalidad de garantizar la supremacía de la Constitución".

No obstante, por medio de estas normas se termina con el control preventivo de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales

y de las leyes interpretativas de la Constitución. También, se elimina el control del órgano de los tratados internacionales. Por lo tanto, todo el control de la ley será represivo, es decir, posterior a la publicación de la ley y a su entrada en vigencia, y no de forma previa como actualmente contempla la Constitución con el Tribunal Constitucional. Tal medida resulta riesgosa por cuanto el principio de supremacía constitucional requiere de un control de constitucionalidad permanente.

Por otra parte, la norma confunde la inconstitucionalidad y la inaplicabilidad, asignando a esta última un carácter de revisión en abstracto que no tiene. Ello porque, en la inaplicabilidad la inconstitucionalidad, se produce a raíz de la aplicación de un precepto legal a un caso concreto. Se trata entonces de un control facultativo, represivo, de efectos relativos y concretos.

Por último, la propuesta es regresiva en materia de participación política. La acción de inaplicabilidad de una norma por ser inconstitucional solo podrá ser interpuesta por el propio juez que conozca la causa, lo cual significa un alejamiento de la ciudadanía al acceso a la Corte Constitucional. Con esto, no solo se reducen los espacios de la ciudadanía para acceder a la justicia constitucional, afectando la igualdad ante la ley y el derecho a la defensa jurídica, sino que definitivamente se priva a las personas del derecho político fundamental de acceder a la justicia constitucional para impugnar una ley cuya aplicación produce efectos inconstitucionales. De las cuatro vías directas que existen en la actualidad para acceder al Tribunal Constitucional por los ciudadanos, se pasa a un mecanismo indirecto que reduce la eficacia de la acción a la posibilidad de que el juez pueda identificar la inconstitucionalidad y esgrimirla. En otras palabras, en lugar de aumentar los derechos de los ciudadanos, estos se disminuyen o niegan.

Riesgo n° 4: Constitución blindada

Otra temática esencial regulada en el borrador del texto constitucional es su procedimiento de reforma y eventual reemplazo. La regulación de este es extremadamente relevante para la estabilidad y mantención de nuestra institucionalidad, ya que la Constitución es el pilar sobre el cual descansa todo el ordenamiento jurídico. Efectivamente, el procedimiento de reforma constitucional evita la pérdida de legitimidad de la Carta Magna por la eventual distancia que pueda producirse entre el texto y la realidad político-social, ya que permite la adaptabilidad de este a las nuevas circunstancias sociales que se presentan.

Sin embargo, las normas contempladas en el borrador constitucional representan un peligro para la legitimidad del mismo texto, por cuanto establecen un procedimiento rígido y una normativa pétrea. Esto debido a que las reformas a esta propuesta de nueva Constitución deben tener, no solo un quórum calificado, sino que además deben ser plebiscitadas obligatoriamente si se refieren a ciertas materias —como régimen político, forma de Estado o derechos fundamentales— y también en caso de que el proyecto de reforma no haya sido aprobado por 2/3 del Congreso y de la Cámara de las Regiones. La exigencia de referéndum ratificatorio para cada reforma constitucional que desee hacerse en el futuro implica, además de problemas de permanencia del texto en el tiempo, un aumento del gasto fiscal incalculable, por cuanto cada plebiscito significa la inversión de enormes recursos económicos que podrían ser invertidos en materias de mayor importancia y urgencia.

Por otro lado, el reemplazo total de la Constitución solo podrá hacerse a través de una asamblea constituyente convocada por referéndum, restándole al Congreso y a la Cámara de las Regiones potestad en la materia. Esto implica un "blindaje" a las normas de la Constitución, junto con un aumento del gasto de los recursos de todos los chilenos, que como se señaló, podrían ser destinados a aspectos más necesarios.

A todo lo anterior, se suma la reciente inclusión de una norma transitoria —ya aprobada por la Comisión pertinente— que señala que cualquier reforma a la eventual nueva Constitución —una vez aprobada— deberá realizarse por 2/3 de la Cámara de las Regiones y del Congreso de los Diputados hasta la próxima elección parlamentaria. Con ello, se pone otra barrera a las posibles adecuaciones del texto, elevando al máximo los quórums hasta que se elijan las nuevas cámaras legislativas, cuya composición podría ser mucho más parecida a la de la Convención y su lealtad con las nuevas normas mucho mayor.

Riesgo n°5: Se debilita la defensa de los derechos fundamentales

La Convención, en su ánimo refundacional, procedió también a eliminar el actual recurso de protección y a reemplazarlo por la "acción de tutela de derechos fundamentales" regulada en el artículo 72 del segundo bloque de la Comisión de Sistemas de Justicia.

> *"Artículo 72°.- Acción de tutela de derechos fundamentales. Toda persona que por causa de un acto u omisión sufra una amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, podrá concurrir por sí o por cualquiera a su nombre ante el tribunal de instancia que determine la ley, el que adoptará de inmediato todas las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho […]".*

Sin embargo, esta acción no solo adolece de problemas en su diseño institucional, sino que implica serios problemas para que los ciudadanos puedan aspirar a la defensa de sus derechos fundamentales.

En primer lugar, se pasa por alto que el acto u omisión que da origen a la acción sea ilegal o arbitrario, como establece la actual Constitución. Esto podría generar que las personas se vean involucradas en un proceso judicial en virtud de cualquier acto que realicen, causando una situación de injusticia e incerteza jurídica.

Por otro lado, se traslada la competencia de esta acción a los tribunales de instancia que determinará la ley, disminuyendo la jerarquía del tribunal que será competente para conocer de la acción sobre vulneración de derechos fundamentales. Con esto se pasa el conocimiento del asunto de un tribunal superior y colegiado a uno de primera instancia y de naturaleza unipersonal, lo cual implicaría además una posible tramitación más extensa y resolución tardía dada la sobrecarga de causas que tienen estos tribunales. Esto resulta contradictorio puesto que debido a la situación de urgencia de que trata la acción, una vulneración de derechos fundamentales, debe tratarse de un procedimiento expedito y sin dilaciones para garantizarse la protección de los derechos afectados.

Por último, esta acción también procedería "cuando por acto o resolución administrativa, se prive o desconozca la nacionalidad chilena", es decir, se subsume la acción de reclamación de nacionalidad en la acción de tutela de derechos fundamentales, confundiendo la naturaleza de ambos tipos de acciones. Esta última es eminentemente cautelar, mientras que la acción de reclamación de nacionalidad es meramente declarativa, ya que su finalidad es obtener la declaración acerca de una situación jurídica, como es la nacionalidad, que en los hechos aparece incierta. Además, se traslada el conocimiento de esta acción desde la Corte Suprema, la cual actualmente la conoce de forma exclusiva y excluyente, a un tribunal de instancia, existiendo un retroceso respecto al tiempo y la certeza.

Conclusiones

El proyecto de nueva Constitución que será sometido a plebiscito en septiembre del presente año contempla, como consecuencia del afán refundacional y segregacionista de la mayoría de los convencionales, normas que afectan gravemente elementos básicos para nuestra institucionalidad y la mantención del estado de derecho en Chile. A lo largo de este Apunte Constitucional se ha analizado cómo estas normas ponen en riesgo esencialmente el principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación, la independencia de la administración de justicia, el derecho a la seguridad jurídica y la defensa de los derechos fundamentales, entre otros.

El precio que tendremos que pagar los chilenos por esta propuesta de Constitución de sesgo separatista e indigenista será muy alto, por cuanto lo único que se generará será un aumento en la división de la población del país, la imposibilidad de la convivencia pacífica, y la inestabilidad política, jurídica, económica y social de Chile.

APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 11

Los riesgos de fragmentación del país

IGNACIO RODRÍGUEZ NAVARRO [171]

Una de las constantes recriminaciones de las cuales ha sido objeto nuestro ordenamiento jurídico es la existencia de un exacerbado centralismo. Las autoridades regionales, provinciales y comunales han sostenido en reiteradas ocasiones que, en muchas oportunidades, deben someterse a largos trámites burocráticos ante el Gobierno central para contar con determinadas autorizaciones y permisos.

En la Convención Constitucional ha primado una visión que cuestiona al Estado Unitario, forma de organización del Estado que nos ha acompañado desde los orígenes de la República, como el principal responsable del acentuado centralismo. Este cuestionamiento debe, a lo menos, ser puesto bajo lupa, ya que la experiencia internacional ha demostrado que es posible descentralizar eficientemente la administración de un país

[171] Investigador del Área Legislativa de la Fundación Jaime Guzmán. Abogado de la Pontificia Universidad Católica.

conservando la figura del Estado Unitario, ejemplos de ello son los casos de Reino Unido, Francia y Suecia.

De todas formas, si existía un aspecto muy claro, era que el desafío de la Convención Constitucional en la materia era proponer una forma de Estado capaz de resolver el problema de la descentralización. Sin embargo, el borrador ha utilizado este fundamento como justificación para experimentar fórmulas administrativas que se alejan diametralmente de la tradición jurídica de Chile y que, por otro lado, dan origen a una serie de otros problemas.

Riesgo n° 1: Fragmentación jurídica del país

El borrador establece que Chile será un Estado regional, plurinacional e intercultural. Este tipo de definiciones dan cuenta de una intención de superar tanto el carácter unitario del Estado como la identidad nacional tal y como la conocemos hoy en día. Cabe recordar que en un inicio se pretendía que cada región contase con asambleas legislativas, lo que, sumado a los estatutos regionales, sentaba las bases para establecer un federalismo encubierto. Esta propuesta inicial fue ampliamente cuestionada por la opinión pública y rechazada por el pleno de la Convención.

Pese al rechazo inicial, el borrador sostiene que tanto la Región autónoma como la Comuna Autónoma contarán con su propio estatuto, lo cual incorpora a lo menos 16 cuerpos normativos más a nivel regional y 345 a nivel comunal. Esta explosión de nuevas normativas origina un serio problema de certeza jurídica, ya que además de su amplia cantidad, no se específica qué materias serán objeto de los estatutos, solo se habla de "organización administrativa y funcionamiento interno". Esta falta de precisión puede originar una serie de excesos en estos estatutos, excesos que llevan aparejados los correspondientes procedimientos de control de los mismos.

Otro riesgo que conllevan los estatutos, tanto regionales como comunales, es que aquellos territorios donde agrupaciones reivindicatorias de causas indígena-separatistas han adquirido mayor poder, se aproveche la figura del estatuto para tensionar el ordenamiento jurídico, dándose lugar a la tan cuestionada figura de las "pequeñas constituciones".

Riesgo n° 2: Sobre burocratización de la gestión regional

La administración del Estado está al servicio de las personas, por lo que no basta solo con que esta se estructure en base a principios democráticos, sino que también requiere funcionar con eficiencia y prontitud cuando sea requerida. El hecho de dividir la administración del país en regiones tiene por finalidad, precisamente, agilizar la actividad pública, dotándola de eficiencia y cercanía.

Desde el punto de vista constitucional es imperativo que se defina, entre otras cosas, cuáles serán los órganos regionales que contarán con potestades de gobierno y administración, así como cuáles serán sus principales funciones y atribuciones. En la actualidad la gestión de las regiones se encuentra en manos de los Gobernadores regionales, quienes están respaldados por el Consejo Regional (CORE), el cual cuenta con facultades normativas, resolutivas y fiscalizadoras. Tanto el Gobernador como el CORE son electos democráticamente, lo que viene a configurar una hipótesis de pesos y contrapesos a nivel regional.

El borrador de propuesta de nueva constitución reemplaza esta estructura dual descrita por una burocracia mucho más compleja, donde, si bien se mantiene la figura del Gobernador, el CORE es reemplazado por la Asamblea regional (cuyo número de integrantes aún no está determinado). También se crean otros dos órganos a nivel regional: el Consejo Social Regional y el Consejo de Alcaldes, los

que deben sumarse al Consejo de Gobernaciones, el cual incluye los Gobernadores de todas las regiones.

Esta abundancia de instituciones complejiza y ralentiza la gestión a nivel regional y obliga a aumentar el gasto público para poder sostener sus funciones, por lo que se termina poniendo en tela de juicio la función principal de la administración del estado, la cual consiste en entregar un servicio a las personas.

Riesgo n°3: Sobre burocratización de la gestión comunal

La comuna juega un rol muy importante dentro del organigrama de la administración pública, ya que es la unidad administrativa territorial menor y, por lo mismo, la que cuenta con los órganos más cercanos a la población. En la actualidad la gestión de las municipalidades se encuentra a cargo de los Alcaldes, quienes cuentan con la colaboración del Concejo Municipal en funciones normativas y fiscalizadoras.

A esta institucionalidad, que sigue la misma estructura que la gestión regional, el borrador agrega nuevos órganos municipales: las delegaciones comunales y la Asamblea Social Comunal. Al igual que en el caso anterior, este aumento de instituciones complejiza y ralentiza la gestión a nivel comunal, sin embargo, lleva aparejado un problema adicional relacionado con las expectativas que se crean en la ciudadanía. La finalidad de Asamblea Social es promover la participación ciudadana, sin embargo, no existe evidencia de que este tipo de instancias sí contribuya a la participación efectiva de la ciudadanía, siendo previsible que los puestos sean tomados por los partidos políticos y/o grupos cercanos a las conducciones municipales.

Podría darse el caso de que una comuna con bajos recursos y una alta carga de responsabilidades pecuniarias relacionadas con los servicios

públicos, deba destinar un porcentaje significativo de recursos para sostener a estos nuevos órganos, postergando las necesidades de parte de la ciudadanía. Cabe recordar que, como bien ha quedado de manifiesto en la discusión sobre el financiamiento de las municipalidades, los recursos son escasos en la gran mayoría de las comunas.

Riesgo n° 4: Debilitamiento del poder central en la conducción de las Relaciones Internacionales

De conformidad con la Constitución vigente, la conducción de las Relaciones Internacionales corresponde al presidente de la República, quien tiene potestad para designar a los embajadores, ministros diplomáticos y a los representantes ante organismos internacionales. La importancia de radicar esta función en la máxima autoridad gubernamental del país es velar por que la política internacional responda a una visión de Estado.

El borrador realiza un cambio sustantivo en esta materia, permitiendo que tanto las comunas como a las regiones, puedan establecer estrategias de cooperación con unidades territoriales fronterizas de países vecinos que tengan la misma entidad. Estas atribuciones, que en sí mismas ya son bastante cuestionables, son muy delicadas en el contexto que atraviesa el país, contexto en que existen zonas en el norte del país y en La Araucanía, donde determinadas agrupaciones inspiradas en causas indígenas, sostienen la existencia de entidades territoriales transnacionales, como el "Wallmapu" o "Runa Sur", lo que en determinados casos se ha traducido en el surgimiento de agrupaciones criminales.

Otro aspecto que se debe tener en cuenta es que el mismo borrador establece el concepto de autonomías territoriales indígenas, lo que refuerza la posibilidad de que las agrupaciones más conflictivas aprovechen esta norma de carácter constitucional para tensionar el ordenamiento jurídico.

Riesgo n° 5: Endeudamiento de las municipalidades y los gobierno regionales

El borrador regula expresamente el régimen mediante el cual, tanto las regiones como las comunas emitirán deuda. El empréstito, si bien puede ser una forma razonable de financiamiento para los gobiernos locales, conlleva muchos riesgos asociados, los cuales, de ser mal gestionados pueden ser muy perjudiciales para las municipalidades y, en casos extremos, suponer casos de corrupción.

Es por ello que este tipo de atribuciones suelen entregarse al Gobierno Nacional a modo de garantizar que la deuda pública se contraerá con la mayor responsabilidad institucional posible y con objetivos de desarrollo determinado. Los organismos regionales y locales no cuentan con la misma capacidad técnica ni con los mismos contrapesos que el Gobierno local para adoptar una decisión que comprometa su patrimonio. Una región o comuna mal gestionada y con escasos contrapesos puede contraer deudas que comprometan la capacidad financiera de la región o municipio, afectando con ello a toda la comunidad.

Al entregarse la capacidad de endeudamiento a todas las regiones y comunas del país, se multiplican por 360 los riesgos antes enunciados.

Conclusiones

La descentralización del país solo se justifica en la medida de que reporte un beneficio para las personas, para ello es necesario contar con una institucionalidad eficiente, con reglas claras y que no acapare más recursos de los necesarios. La propuesta del borrador no cumple con estos estándares, ya que contempla más órganos que los necesarios y con un régimen de estatutos regionales y comunales que está lejos de entre-

gar la certeza que la ciudadanía necesita, por el contrario, se trata más bien de un foco de conflicto jurídico.

Cabe recordar que antes de que se iniciase el proceso constituyente, Chile ponía en marcha un impulso al proceso de descentralización, el cual incluía la elección popular de los Gobernadores regionales y de los consejeros regionales. Este reimpulso aún no puede ser juzgado con propiedad por una evidente falta de tiempo de implementación, por lo que, a todas luces, es aventurado culpar al Estado Unitario de una falta de descentralización adecuada.

La Convención desperdició la oportunidad de realizar una propuesta de descentralización eficiente para el país, profundizando en el reemplazo del Estado unitario por un Estado regional, en circunstancias en que existe evidencia internacional de sobra para sostener que el Estado unitario no se opone, en su esencia, a la descentralización del país.

Pero esta fragmentación del país no se evidencia solo en la sobre burocratización de las unidades territoriales con sus respectivos estatutos, sino que se abandonan funciones que históricamente han correspondido al Gobierno nacional, como lo es la conducción de las relaciones internacionales y el endeudamiento público.

No es negativo en sí mismo que exista cooperación entre países en sus zonas fronterizas y que las autoridades locales se involucren en estos procesos, pero por el grado de las implicancias de este tipo de actividades, es necesario que sea el Gobierno nacional el que dirija estos procesos. Lo mismo ocurre con el empréstito, actividad que requiere del mayor control posible para evitar los serios riesgos que conllevan para Chile.

El borrador de nueva constitución no garantiza que la descentralización y desconcentración de las funciones públicas permitirá a las personas acceder a mejores servicios públicos, solo propone las bases para la proliferación de una nueva masa burocrática a nivel local y regional, sentando las bases para la fragmentación de los territorios y el abandono de los mismos por la autoridad nacional.

APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 12

"Los riesgos de derechos fundamentales con <<letra chica>>".

JOSÉ IGNACIO PALMA ARANCIBIA [172]

Sobre el capítulo de derechos fundamentales descansa gran parte de las expectativas de la ciudadanía en lo que respecta al proyecto de nueva constitución. Sin embargo, un análisis pausado del articulado aprobado por la Convención permite afirmar con precisión que esas expectativas no han sido correspondidas.

Contrario a lo que la mayoría de los chilenos esperaba del borrador, los convencionales se esmeraron en construir un texto que es reflejo del extremismo de izquierda que habita la Convención. Un fuerte incremento del Estado en educación a costa de la familia y los establecimientos de enseñanza, el debilitamiento del derecho de propiedad, el fin de la capitalización individual de los fondos de pensiones, la desaparición de la libertad de elegir entre distintos sistemas de salud y la consagración de un supuesto derecho a abortar, son algunos de los ejemplos que ilus-

[172] Investigador del Programa Estudios Constitucionales de la Fundación Jaime Guzmán. Cientista Político de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Recientemente fue aceptado en MSc en Teoría Política en el London School of Economics.

tran cómo la Convención prefirió ignorar las prioridades de los chilenos y optar por una agenda radical.

El objetivo del presente trabajo es dejar en evidencia diversos riesgos que podrían sufrir los chilenos si el borrador de nueva constitución llega a aprobarse. Como podrá observarse, el país arriesga ver reducidas sus libertades frente a un incremento descriteriado en el tamaño del Estado.

Riesgo n° 1: El Estado desplaza a la familia en la educación

La forma más sencilla de ilustrar el crecimiento del Estado es observar la cantidad de veces que el Estado aparece mencionado en los nueve artículos que tratan el derecho a la educación en el borrador de nueva constitución: un total de 16 veces. Lo anterior contrasta radicalmente con la presencia de conceptos como "padres" (1 vez), "madres" (1 vez) y "familia" (0 veces), o la nula mención a los establecimientos educacionales particulares en ninguna de sus formas.

El segundo artículo en tratar el derecho a la educación en el borrador comienza por declarar que la educación es "un deber primordial" del Estado, y no de la familia. De esta manera, se desecha una visión más integral de la educación, que considera que es la familia la encargada natural de la educación de sus hijos y que es ella la que delega parte de ese rol al establecimiento educacional, sea estatal o privado.

La idea de que la educación de los hijos es un deber de los padres es una de las señales más claras de lo que José Luis Cea llamaría el "humanismo cristiano" implícito en la Constitución actual. En efecto, nuestra Carta Magna parte de la base de que la familia es una institución natural, y que uno de los preceptos básicos y moralmente exigibles a los padres es la educación de sus hijos, con todo lo que ello implica. El borrador,

sin embargo, se limita a reconocer la educación de los padres como una "libertad", sin aludir a su exigibilidad moral. A lo anterior, se suma que se trata de una libertad para "elegir el tipo de educación de las personas a su cargo" (evitando utilizar la palabra "hijos"), como si educar solo consistiera en elegir un establecimiento educacional. Por lo demás, la consagración del derecho a elegir la escuela, colegio o liceo de los propios hijos está consagrado de manera mucho más explícita en la actual Constitución, al declarar que "los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos".

En cuanto a la libertad de enseñanza, la Carta Constitucional vigente reconoce expresamente, como parte de esta libertad, el derecho a abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales. La propuesta de la Convención, en contraste, afirma que "La Constitución garantiza la libertad de enseñanza y es deber del Estado respetarla", sin definir en ningún momento en qué consiste esta libertad. Así, queda totalmente desprovista de contenido.

Además de lo anterior, es importante examinar lo que dice el borrador respecto a la libertad de cátedra de los profesores: "Las y los profesores y educadores son titulares de la libertad de cátedra en el ejercicio de sus funciones, en el marco de los fines y principios de la educación". Los fines y principios de la educación están definidos en el segundo artículo sobre derecho a la educación e incluyen cuestiones como la ideología de género. Los profesores de escuelas o colegios particulares y particulares subvencionados se verían obligados a ajustarse a estos fines y principios, provocando que determinados proyectos educativos, confesionales o no, se vean impedidos de desplegarse en su plenitud.

Riesgo n° 2: Debilitamiento del derecho de propiedad y ausencia de la propiedad sobre la vivienda

El derecho de propiedad es otro derecho que enfrenta un fuerte retroceso si se compara el tratamiento en el borrador de nueva constitución con la carta fundamental vigente. El gran punto débil en esta materia dice relación con la expropiación. Inspirada en la idea de la función social de la propiedad, la actual Constitución consagra la posibilidad de la expropiación, pero con requisitos exigentes que buscan proteger a la persona expropiada de las arbitrariedades del Estado. El texto señala que la indemnización por el bien expropiado debe ser en efectivo, al contado, de manera previa a la toma de posesión material del bien y en base al daño patrimonial efectivamente causado.

El borrador, en cambio, omite gran parte de estos requisitos. Si bien es cierto se menciona que el pago indemnizatorio debe realizarse de manera previa, el pago en efectivo y al contado es completamente ignorado. Aún más grave es el hecho de que el precio que pagaría el Estado por el bien expropiado es un "precio justo" y no el precio de mercado. La pregunta que surge inmediatamente es ¿cómo y quién define cuál es el precio justo?

Aunque muchos convencionales de izquierdas han argumentado que el precio justo sería lo mismo que el de mercado, lo cierto es que ello no se condice con la realidad. En primer lugar, porque si efectivamente fueran lo mismo, no habrían rechazado todas las indicaciones que presentaron los convencionales de Vamos por Chile para cambiar el concepto por "precio de mercado". Al rechazarlas, implícitamente transmiten que no los consideran equivalentes. Además, convencionales como Bastián Labbé o María Rivera fueron enfáticos en señalar durante el debate de la Comisión de Derechos Fundamentales que muchas empresas deben ser expropiados por valores menores al daño patrimonial efectivamente causado. Así, la propiedad de los chilenos queda sometida a la incertidumbre y la arbitrariedad.

A todo lo anterior hay que sumar el hecho de que el derecho a la vivienda consagrado en el borrador no considera la propiedad individual sobre la misma. A pesar de que gran parte de los chilenos anhela conseguir una casa propia, todas las indicaciones que iban dirigidas a consagrar un derecho a la vivienda con propiedad sobre ella fueron rechazadas. También se descartaron todas las indicaciones que perseguían obligar al Estado a desalojar ocupaciones ilegales sobre la vivienda de los chilenos. De esta manera, no solo es la propiedad en términos genéricos la que se ve vulnerada, sino también la propiedad sobre la vivienda, dejando abierto el espacio para que el Estado entregue casas en arriendo.

Riesgo n° 3: fin a la propiedad sobre los ahorros previsionales

El artículo sobre derecho a la seguridad social del borrador de nueva constitución tiene su origen en la iniciativa popular constituyente presentada por la organización "No + AFP", quienes propusieron un sistema de reparto. Luis Mesina, al presentar la iniciativa en la Convención, señaló que la seguridad social es esencialmente contraria a la capitalización individual, y que solo puede entenderse como la administración de un fondo común. Esta fue la única iniciativa popular aprobada por la Comisión de Derechos Fundamentales en materia de pensiones. La iniciativa de "Con mi plata NO", que buscaba resguardar la propiedad de los trabajadores sobre sus ahorros previsionales, fue rechazada, a pesar de haber obtenido más del doble de apoyos ciudadanos (60.852 apoyos versus 24.110).

Si bien la norma de "No + AFP" sufrió modificaciones con el tiempo, conservó gran parte de sus elementos esenciales. Así, el artículo sobre seguridad social consagra la creación de un sistema de seguridad social público y estatal. De acuerdo con el inciso tercero, es al Estado al que le corresponde "definir la política de seguridad social".

Además, las administradoras privadas de ahorros previsionales no son mencionadas en el artículo. Será el Estado el encargado de administrar los fondos de pensiones, mediante un sistema fundado en los principios de universalidad y solidaridad. Todo apunta a que no se tratará de un sistema con componentes de capitalización individual, sino de uno con fondo común, donde los trabajadores no serán propietarios de sus ahorros. Lo anterior queda confirmado con el hecho de que la Convención rechazó todas las iniciativas, populares o convencionales, que buscaban consagrar la propiedad individual de los trabajadores sobre sus fondos de pensiones.

También quedará prohibida la heredabilidad de los fondos, puesto que el artículo señala que "Los recursos con que se financie la seguridad social no podrán ser destinados a fines distintos que el pago de los beneficios que establezca el sistema".

De esta manera, queda claro que las palabras del convencional Daniel Stingo sobre el sistema de seguridad social en el borrador no fueron un error del momento. Efectivamente, para las mayorías radicales de la convención, la seguridad social y la capitalización individual son incompatibles.

Riesgo n° 4: Se acaba el derecho a elegir en materia de salud

Con el nuevo sistema de salud propuesto por la Convención, todos los chilenos se verán obligados a cotizar en FONASA. Esto queda claro en el artículo sobre derecho a la salud, el cual dictamina que la ley deberá determinar el órgano público encargado de la administración del conjunto de los fondos del Sistema Nacional de Salud. Las aseguradoras privadas no son mencionadas en el artículo, pero varios convencionales de izquierda han señalado que los seguros ofrecidos por estas entidades solo podrían tener el carácter de complementarios.

Lo anterior tiene varias consecuencias. La primera de ellas es el hecho de que los más de 3.3 millones de chilenos que utilizan las Isapres se verán obligados a destinar sus recursos a FONASA. Esto producirá una sobrecarga del sistema estatal, lo que podría acrecentar las listas de espera. Esto afecta directamente a los actuales beneficiarios de FONASA. Además, si los actuales afiliados a las Isapres quisieran seguir contratando seguros de salud privados, estos deberán ser adicionales al del Estado, aumentando de manera severa el gasto en salud.

En cuanto a los prestadores de salud, existirá un Sistema Nacional de Salud estatal e integrado. Las entidades privadas que deseen formar parte de este sistema podrán hacerlo única y exclusivamente si cumplen con los requisitos exigidos por el Estado. Así, por ejemplo, si para formar parte del sistema fuese una exigencia realizar abortos y eutanasia, muchas clínicas y establecimientos de salud se verían marginados, sin poder recibir recursos del Estado.

Como consecuencia de lo anterior, los 8.6 millones de usuarios actuales de FONASA —y también los usuarios futuros— se verán imposibilitados de comprar bonos para atenderse en los establecimientos privados que se encuentren fuera del Sistema Nacional de salud.

Riesgo n° 5: Aborto sin límites

Contrario a lo que establece la actual Constitución, que mandata a la ley a proteger la vida del que está por nacer. El proyecto de la Convención, en cambio, consagra el derecho a una "interrupción voluntaria del embarazo", sin señalar ningún tipo de plazo dentro del cual se podría realizar el aborto. Solo se afirma que la ley deberá "regular" el ejercicio de este supuesto derecho, pero no hay un mandato explícito a limitarlo.

Además, el artículo sobre derechos sexuales y reproductivos afirma

que no podrán haber "interferencias por parte de terceros, ya sean individuos o instituciones". Esto es una clara prohibición del ejercicio de la libertad de conciencia, tanto personal como a nivel institucional.

Con todo lo anterior, se abre la puerta a un aborto libre y sin causales durante los nueve meses de gestación, lo que contrasta fuertemente con múltiples encuestas que han mostrado que los chilenos están mayoritariamente en contra del aborto libre. Sumado a eso, se ponen trabas a la posibilidad de ejercer la objeción de conciencia, vulnerando de manera profunda la libertad de conciencia de las personas, así como también el legítimo derecho de fundar asociaciones bajo un ideario distinto del estatal.

Conclusiones

El capítulo de derechos fundamentales del proyecto de nueva constitución prometía encaminar al país hacia una solución en materia de derechos sociales y civiles y políticos. Sin embargo, lo único que ha logrado ha sido contrariar el sentido común de los chilenos, quitándoles libertades en materia de educación, salud, pensiones, vivienda y propiedad. La Convención Constitucional, lamentablemente, ha decidido hacer crecer al Estado a costa de las personas y la sociedad civil.

Nada indica que con la posible aprobación del borrador la situación de los chilenos vaya a mejorar. Con la cantidad de derechos consagrados, se hace difícil visualizar un futuro posible donde el Estado sea capaz de financiar todo lo que la Convención promete. Así, pareciera ser que una vez más los chilenos verán frustradas sus esperanzas con un proceso que presagiaba cambios sociales, y que terminará generando retrocesos en materias fundamentales para la vida en comunidad.

APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 13

Los riesgos de un sistema político desequilibrado

FELIPE LYON ERRÁZURIZ[173]

Desde el trabajo de la Comisión de Sistema Político de la Convención Constitucional han surgido normas que nutrirán algunos de sus más importantes capítulos: el de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, el de Buen Gobierno y Función Pública, el de Participación Democrática y el de Principios Constitucionales.

Lamentablemente, en su trabajo se manifestaron los mismos vicios que en el resto de la Convención: el ánimo refundacional, la soberbia y el desprecio por las recomendaciones de los expertos fueron caldo de cultivo para construir un régimen político que es un verdadero experimento institucional, con evidentes desequilibrios en la distribución del poder.

La eliminación del Senado fue el primer gran objetivo de la mayoría, conducida por el Partido Comunista y el Frente Amplio, en su arremetida

[173] Director Programa Estudios Constitucionales Fundación Jaime Guzmán. Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Magíster en Estudios Políticos de la Universidad de los Andes. También se desempeña como profesor de Derecho Constitucional en la Universidad San Sebastián.

por plasmar en el nuevo texto constitucional un órgano legislativo lo más similar posible a la misma Convención. Si bien, su idea original de tener un Congreso unicameral terminó siendo desechada, puede decirse que quedamos con un unicameralismo "de facto", dado el gran desequilibrio que quedó entre el Congreso de Diputados y la nueva Cámara de las Regiones. Esta concentración de poder —incluso a costa del Presidente de la República— es uno de los elementos más críticos de la propuesta de nueva Constitución.

A esto se suman otras preocupantes cuestiones: un texto que consagra como principios del sistema político y electoral privilegios a ciertos grupos por sobre otros, que afecta gravemente principios como la igualdad del voto y la igualdad ante la ley, y que impone —desconociendo el debate legislativo— el voto para los menores de edad.

Riesgo n°1: Parlamentarismo unicameral de facto

Tal como se adelantó, la propuesta de nueva Constitución instaura un Congreso desequilibrado. Esto inicia con la eliminación del Senado, institución con 200 años de historia republicana y que es un aporte a nuestro régimen político actual por varias razones:

· Contribuye a la correcta distribución del poder en el Congreso, con importantes atribuciones exclusivas en el nombramiento de autoridades;

· Ayuda a mejorar la calidad del debate legislativo (y de las leyes), al permitir que los proyectos de ley sean estudiados en doble trámite. Las voces contrarias a su existencia planteaban que esto era poco eficiente, dado que alargaba el proceso, pero la exposición del profesor Andrés Dockendof en la Comisión desmintió contundentemente este mito: la

eficiencia en la aprobación de las normas no varía significativamente entre regímenes bicamerales o unicamerales;[174]

· Favorece el equilibrio del poder de las grandes urbes respecto de las regiones;

· Al durar dos períodos presidenciales, los senadores pueden salir de la coyuntura electoral y el ciclo político a la hora de votar;

Todo esto se pierde con el establecimiento de la Cámara de las Regiones, que no es propiamente una cámara legislativa, pues, se elige junto a los alcaldes y gobernadores (no junto al Presidente y el Congreso) y solo concurre a la aprobación de las llamadas "leyes de acuerdo regional". Además, sus integrantes (los representantes regionales) solo duran 4 años, perdiendo la capacidad de sacar la discusión legislativa del ciclo electoral. No está de más agregar que los senadores recientemente electos por 8 años tendrían que abandonar sus cargos el 2026, lo que vulnera los derechos de quienes resultaron electos y de quienes votaron por ellos.

Pero más allá del hecho de la eliminación del Senado, esta excesiva concentración de poder en el Congreso de Diputados se grafica en todo el articulado. Algunos ejemplos de aquello:

1. Se pasa del dominio legal máximo ("solo son materias de ley") al mínimo ("solo en virtud de una ley se puede"). Esto significa —en la práctica— extender la potestad legislativa del Congreso de Diputados, a costa de la potestad reglamentaria del Presidente. Esto probablemente hará proliferar proyectos de ley "personalizados" o que los diputados presenten pensando en sus regiones o en grupos de presión.

---

[174] Véase: Felipe Lyon (13/04/2022) *Apuntes Constitucionales n°7: Experimentos institucionales: Un análisis crítico al trabajo de la comisión de Sistema Político.* Santiago de Chile: Fundación Jaime Guzmán, p. 11.

2. El Congreso de Diputados tiene excesivo poder de veto.

(i) Respecto de la Cámara de las Regiones: En los proyectos de ley que no son de acuerdo regional, basta la mayoría para desechar las observaciones de la Cámara de las Regiones. En los que son de acuerdo regional, no queda claro qué sucede, pero si la comisión mixta no llega a acuerdo prima el proyecto del Congreso de Diputados.

(ii) Respecto del Presidente: El Congreso de Diputados puede desechar el veto parcial del Presidente por simple mayoría. Si el veto del Presidente es total, deben insistir por tres quintos para conservar el proyecto original. Así, la máxima autoridad del país se verá siempre en una encrucijada: o veta el proyecto completo (con las consecuencias políticas que ello puede tener) o no lo veta, dado que al Congreso le basta mantener su votación inicial para desechar las observaciones presidenciales.

3. Todas las iniciativas comienzan su trámite en el Congreso de los Diputados, y sólo algunas tienen contemplado un segundo trámite. Además, solo dicha cámara y el Presidente tienen la atribución de establecer urgencias legislativas. Todo esto hace que —en los hechos— la Cámara de las Regiones quede sometida a la voluntad y al arbitrio del Congreso de Diputados, tanto en la iniciativa como en la tramitación de cualquier proyecto de ley.

En síntesis, se produce un desequilibrio brutal en el poder político, con un Congreso de los Diputados que tiene las atribuciones para imponerse sobre la Cámara de las Regiones y sobre el Presidente.

A modo de ejemplo de todo lo expuesto, supongamos que se propone por un grupo de diputados un nuevo sistema de pensiones, que estatiza los fondos actuales y consagrase el reparto de los mismos. La Cámara de las Regiones no participaría de su tramitación, pues, este tema no se encuentra en el listado de leyes de acuerdo regional. Y si solicita participar en su

tramitación, el Congreso de Diputados podría desechar sus observaciones por simple mayoría.

Si —por su parte— el Presidente quisiese intervenir en el debate, tendría que esperar al final de la tramitación del proyecto, dado que al no ser una ley que exija su concurrencia —como se verá en el siguiente apartado— no tiene otra opción que vetarlo. El Presidente tendrá que enfrentar así la lotería del veto parcial (que pueden rechazarlo por simple mayoría) o a la misión políticamente imposible del veto total.

Con ello, la autoridad que goza de mayor legitimidad democrática del país puede terminar quedando fuera de importantísimos debates, que ahora podrán ser dirigidos por el Congreso de Diputados. Otro ejemplo delicado son las leyes migratorias: los diputados podrían aprobar una nueva ley de migraciones, y con esa misma mayoría desechar cualquier observación al proyecto que hagan la Cámara de las Regiones y el Presidente de la República.

Riesgo n° 2: Presidencialismo mal atenuado

Como se adelantó, el desequilibrio que puede observarse entre Congreso y Cámara también se extiende a su relación con el Presidente de la República. Si bien se anunció a los cuatro vientos que no se eliminaría el presidencialismo, se optó por reformas que lo debilitan más que mejorarlo, al contrario de la recomendación de los expertos.

Inicialmente existió un acuerdo por reformar el presidencialismo, institución bicentenaria en nuestro país, y existieron propuestas transversales como establecer la figura del vicepresidente, electo conjuntamente con el Presidente, quien tendría un rol clave en la relación con el Congreso, la coordinación de los ministros y la ejecución del programa. Sin embargo, estas propuestas fueron desechadas, optando por alternativas que

"atenúan" el poder presidencial, pero en beneficio —nuevamente— de un Congreso de Diputados que sigue acumulando peso.

El principal elemento que confirma esta tesis es que se termina con la iniciativa exclusiva presidencial, instalándose la figura de las "leyes de concurrencia presidencial necesaria". Con ello, cualquier parlamentario puede presentar, con un cuarto de las firmas (hoy 39), mociones que irroguen gastos al Estado, que establezcan tributos o que alteren la división política o administrativa del país, entre otras cosas. Los proyectos requerirán para ser aprobados del patrocinio del Ejecutivo.

Esto es un incentivo al populismo parlamentario, dado que no hay limitación para presentar proyectos que comprometan gasto estatal, y para el Ejecutivo será políticamente muy complejo no patrocinarlos (cuestión que puede hacer hasta 15 días desde despachado para su votación en general por la comisión respectiva). El panorama se complejiza si recordamos que los vetos parciales del Presidente pueden descartarse por simple mayoría, y los totales por 3/5 (aunque, nuevamente, es poco viable políticamente optar por el veto total).

Además, en comparación con las actuales leyes de iniciativa exclusiva, se sacan del listado las leyes que tienen que ver con seguridad social, en una medida que tiene claramente que ver con la inconstitucionalidad actual de los proyectos que establecieron los retiros de los fondos de pensiones.

En definitiva, es tal el desequilibrio que plantea este sistema en su conjunto, que el Presidente se verá enfrentado a dos escenarios posibles.

(i) Si tiene mayoría en el Congreso (cuestión improbable con nuestro fragmentado panorama político), su sector político podrá avanzar sin mayores problemas hacia una mayor acumulación de poder.

(ii) Si no la tiene (situación más probable), se generará una situación de tensión entre el Presidente y el Congreso aún mayor a la actual, pues, este no cuenta con herramientas de desbloqueo. Así, se prevén situa-

ciones de mayor inestabilidad política y de ineficacia de los gobiernos. Justamente dos de las cuestiones que este texto constitucional estaba llamado a solucionar.

A continuación, un ejemplo que grafica lo que venimos explicando. Se podría presentar por un grupo de parlamentarios una ley que entregue un bono directo a todas las personas de $1.000.000 pesos chilenos, o que suba artificialmente a $2.000.000 pesos chilenos la pensión mínima. El Presidente se verá brutalmente presionado a patrocinar el proyecto, y si intenta modificarlo una vez aprobado por un veto parcial, sus propuestas pueden ser fácilmente desechadas. Se constituye así un mecanismo para que el Congreso de Diputados le controle la agenda y el programa al Presidente, ejerciendo una "presión negociadora" constante, lo cual solo generará inestabilidad e ineficacia en los gobiernos.

Riesgo n°3: Un Congreso muy parecido a la Convención Constitucional

Como ya se mencionó, durante toda la discusión constitucional la mayoría dominante ha buscado crear un Congreso de Diputados que sea lo más parecido posible a la Convención Constitucional: estableciendo normas de paridad, escaños reservados y abriendo la puerta a la igualdad entre partidos y otras "organizaciones políticas" de "independientes".

Como sabemos, esta composición de la Convención —que se busca replicar— ha sobrerrepresentado a grupos radicales, y ha generado un órgano políticamente inestable, polarizado y alejado de las preocupaciones ciudadanas. Justo lo contrario de lo que Chile necesita hoy en su máximo órgano de representación política.

Además, con estas medidas se afectan gravemente principios como la igualdad del voto —con los escaños reservados— y la idea misma de representación, pues, se asume que solo te puede representar correctamente

alguien de tu misma etnia, sexo o condición sexual, acercándonos a una idea corporativista de la democracia.

Riesgo n°4: Desigualdad ante la ley

El conjunto de normas aprobadas por la Comisión de Sistema Político incluye también una serie de principios que buscan orientar al sistema político-electoral en su conjunto. Estos artículos, en la versión armonizada publicada el 15 de junio, fueron asignados a los capítulos de Principios Constitucionales y de Participación Democrática. Algunos de sus ejemplos más preocupantes son:

- En el artículo 6 se establece que:

> *"El Estado reconoce y promueve una sociedad en la que mujeres, hombres, diversidades y disidencias sexogenéricas participen en condiciones de igualdad sustantiva, reconociendo que su representación efectiva en el conjunto del proceso democrático es un principio y condición mínima para el ejercicio pleno y sustantivo de la democracia y la ciudadanía.*
>
> *Todos los órganos colegiados del Estado, los órganos autónomos constitucionales y los órganos superiores y directivos de la Administración, así como los directorios de las empresas públicas y semipúblicas, deberán tener una composición paritaria que asegure que, al menos, el cincuenta por ciento de sus integrantes sean mujeres".*

- Por su parte, el artículo 153 en sus incisos segundo y tercero dispone que:

"Corresponderá al Estado, en sus diferentes ámbitos y funciones, garantizar la participación democrática e incidencia política de todas las personas, especialmente la de los grupos históricamente excluidos y de especial protección.

El Estado deberá garantizar la inclusión de estos grupos en las políticas públicas y en el proceso de formación de las leyes, mediante mecanismos de participación popular y deliberación política, asegurando medidas afirmativas que posibiliten su participación efectiva".

- Por su parte, el artículo 34 señala que:

"Los pueblos y naciones indígenas preexistentes y sus miembros, en virtud de su libre determinación, tienen derecho al pleno ejercicio de sus derechos colectivos e individuales. En especial, tienen derecho a la autonomía y al autogobierno, a su propia cultura, a la identidad y cosmovisión, al patrimonio y la lengua, al reconocimiento de sus tierras, territorios, la protección del territorio marítimo, de la naturaleza en su dimensión material e inmaterial y al especial vínculo que mantienen con estos, a la cooperación e integración, al reconocimiento de sus instituciones, jurisdicciones y autoridades propias o tradicionales y a participar plenamente, si así lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado".

- Por último, el artículo 5, en su inciso tercero, que:

> *"Es deber del Estado respetar, promover, proteger y garantizar el ejercicio de la libre determinación, los derechos colectivos e individuales de los cuales son titulares y su efectiva participación en el ejercicio y distribución del poder, incorporando su representación política en órganos de elección popular a nivel comunal, regional y nacional, así como en la estructura del Estado, sus órganos e instituciones".*

Estos artículos consagran principios diseñados para favorecer a ciertos grupos, abandonando la idea de la igualdad ante la ley para imponer una de "igualdad sustantiva", que no es más que la desigualdad ante la ley.

Esto no se queda en meras declaraciones de intención, dado que el Estado debe garantizar el acceso a los diferentes órganos del Estado a los "grupos históricamente excluidos", lo que implica que estos privilegios pueden exigirse como un derecho.

Asimismo, destaca particularmente la radicalidad de algunos de los principios que —por su ubicación en la propuesta constitucional— en definitiva quedan como orientadores no solo de nuestro sistema político, sino que de nuestro ordenamiento jurídico constitucional:

1. Se establece que la representación efectiva de las minorías sexuales ("diversidades" y "disidencias", que no son lo mismo para el progresismo) es condición mínima para el ejercicio pleno de la democracia. Eso abre la puerta —por ejemplo— a seguir aumentando la política de escaños reservados para más grupos, dado que sin tener cargos no habría democracia posible.

2. Concepto de paridad "como piso". El texto de la nueva constitución exige la paridad en todo órgano del Estado o donde el Estado

tiene participación, pero entendiéndose ésta como un mínimo de 50% de mujeres. Esto se aleja de la paridad como se había entendido hasta el minuto en las leyes electorales, e implica que podrían haber un 80% o 100% de mujeres en un órgano sin que se afecte la paridad. De esta evidentemente injusta manera se aplicó la paridad en la Convención Constitucional.

3. En el caso de los pueblos indígenas, se consagra como derecho el reconocimiento de las tierras que reclaman como suyas, de su autonomía política y jurisdiccional, de sus autoridades, entre otros. Esto abre la puerta a la consagración de verdaderos estados paralelos, con comunidades que se beneficiarán del Estado de Chile pero podrán vivir bajo sus propias reglas. Esto es injusto y muy complejo para los derechos de todos los chilenos que no pertenecen a estas etnias.

4. Además, se les garantiza la efectiva participación en los órganos e instituciones del Estado, privilegio que ningún otro chileno tiene.

Mediante estos principios, que representan la agenda de solo un sector político acotado —comandado por el Frente Amplio y el Partido Comunista— se termina dejando en claro que esta propuesta constitucional tiene más capacidad de dividir que de unir, y que está lejos de ser la pretendida "casa de todos".

Riesgo n° 5: Voto para los menores de edad y distrito extranjero

Solo dos artículos del borrador de nueva constitución abordan el sistema electoral. En ellos, junto con consagrarse cuestiones mínimas como la libertad secreto e igualdad del voto (aunque esto último, como ya vimos, en la práctica se ve mermado) la mayoría de la Convención aprovechó para incorporar tres cuestiones que —al menos a su parecer— serían convenientes para aumentar sus espacios de poder:

1. Establecer el voto obligatorio;
2. Establecer el voto voluntario para los mayores de 16 y menores de 18 años;
3. Establecer un distrito especial para que los chilenos residentes en el extranjero puedan elegir un escaño en el Congreso de Diputados.

Si bien el voto obligatorio es un debate abierto, donde ambas posturas tienen argumentos razonables, son las otras dos medidas las que se observan con preocupación.

En el caso del distrito extranjero, resulta cuestionable que personas a quienes poco les afecta el devenir político nacional, y que ni siquiera comparten un territorio común, elijan un diputado. No puede compararse la elección presidencial o un plebiscito de carácter nacional (donde estas personas ya votan) a una elección que tiene estrecho vínculo con el lugar donde se vive y trabaja.

En el caso del voto de los menores de edad, resulta sumamente cuestionable el intento por romantizar la participación política de personas que no han concluido su desarrollo ni formación, como una excusa para su manipulación política. Jóvenes que no pueden —por ejemplo— comprar cigarros ni manejar un vehículo sin un adulto a su lado, estarían habilitados para definir el futuro político del país. Lo anterior contrasta con los recientes intentos del Frente Amplio por eliminar las multas para los adultos mayores que no voten en el plebiscito de salida (pensando en desincentivar su participación). De más está decir que proyectos para bajar la edad mínima del voto ya han sido presentados, y rechazados en el Congreso.

En definitiva, más allá del debate de fondo, haber incorporado estas cuestiones en el borrador constitucional es sintomático de la forma de operar que ha tenido esta "nueva izquierda" dominante en la Convención. En suma, se saltaron debates legislativos que llevan

tiempo madurando en el Congreso —donde las fuerzas políticas se encuentran más equilibradas— para imponer su postura, aprovechando su mayoría circunstancial.

Conclusiones

Decía James Madison en *El Federalista* (1788) que el equilibrio (que Montesquieu describió célebremente como separación de poderes) no solo supone evitar la "la acumulación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en las mismas manos",[175] sino que el hecho de que "ninguno de ellos debe poseer, directa o indirectamente, una influencia preponderante sobre los demás en la administración de sus respectivas facultades".[176]

Así, en un Estado de Derecho es posible la colaboración entre los diferentes órganos, pero es elemental la división de su poder en entidades que conviven, se complementan y se fiscalizan por medio de los llamados *checks and balances*. Todo esto, que parece tan obvio, y que muchos aprendimos en el colegio, se ve hoy afectado por la propuesta de la nueva constitución.

Este articulado presenta un Congreso de Diputados que acumula mucho poder respecto de la Cámara de las Regiones, y que tiene herramientas para dirigir —o al menos entorpecer gravemente— la agenda del Presidente. Si a eso se suma su composición radical, y el hecho de que el Servicio Electoral y los Tribunales Electorales dependerán del Consejo de Justicia (cuya conformación mayoritaria es política y no técnica), el panorama no es muy alentador.

---

[175] Hamilton, Alexander; Madison, James y Jay, John (p. 302)
[176] Hamilton, Alexander; Madison, James y Jay, John (p. 309)

Así, al contrario de lo que plantearon los diferentes expertos que comparecieron ante la Comisión de Sistema Político —quienes recomendaron que los cambios fueran paulatinos, que se construyeran sobre lo que nuestra cultura política ya conocía, y que se estableciera como principal objetivo terminar con la ineficacia de los gobiernos— la Convención ofrece a los chilenos un experimento que tardará años en implementarse, y que —de momento— hace prever más incertidumbre, más parálisis institucional y más ineficacia.

La confianza de los chilenos en su institucionalidad política —y su paciencia con los políticos— será nuevamente puesta a prueba.

APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 14

Los riesgos de una economía intervenida

JOSÉ IGNACIO PALMA ARANCIBIA[177]

Desde mucho antes de que acontecieran los hechos del 18 de octubre de 2019, activistas, intelectuales y constitucionalistas de izquierdas venían trabajando en una orquestada estrategia para tumbar los principios fundamentales de la Constitución vigente. El objetivo más importante de estos ataques era el principio de subsidiariedad, acusado de ser sinónimo de la ausencia del Estado en materia de derechos sociales. Por tanto, el concepto de subsidiariedad perdió toda su esencia en el debate público.

Pero, por más que para muchos parezca una "batalla perdida", siempre será necesario reivindicar la subsidiariedad como un principio fundamentalmente político, propio de la organización social, y que demanda una cierta manera de actuar del Estado en su relación con las organizaciones de la sociedad civil, así como también de cualquier otra agrupación mayor en su relación con una agrupación menor.

---

[177] Investigador del Programa Estudios Constitucionales de la Fundación Jaime Guzmán. Cientista Político de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Recientemente fue aceptado en MSc en Teoría Política en el London School of Economics

Dado lo anterior, el Estado tiene un rol en la economía nacional y, más concretamente, en la realización de tareas necesarias para el bien común que revierten un cierto carácter económico: la minería, la salud, la educación, etc. Lamentablemente, la izquierda progresista ha logrado reducir el principio de subsidiariedad exclusivamente a esta dimensión, utilizándolo como "chivo expiatorio" para explicar las deficiencias estatales en lo que refiere a los llamados derechos sociales. De esta manera, la Convención Constitucional se aprovechó de esta ventaja para justificar medidas económicas intervencionistas que están presentes en el borrador, y que significan un gran riesgo para el país.

Riesgo n°1: El Estado empresario

El borrador de la Convención Constitucional establece un fuerte cambio de paradigma en términos económicos. Las normas de la actual Constitución favorecen la presencia de un Estado que aplica disciplina y focalización del gasto público, liberaliza los mercados, se abre al comercio internacional, formaliza los derechos de propiedad e incentiva a los privados a participar en la actividad económica, reservándose una acción directa en áreas que no atraen inversión privada o lo hacen insatisfactoriamente. El proyecto de nueva Constitución, en cambio, camina hacia un Estado empresario e interventor, que sobre regula los mercados y es hostil con la inversión privada.

El proyecto constitucional contiene varios incisos y artículos que apuntan esa línea:

> *"El rol económico del Estado se fundará en los principios y objetivos económicos de solidaridad, diversificación productiva, economía social y solidaria y pluralismo económico".*

"El Estado regula, fiscaliza, fomenta y desarrolla actividades económicas".

"El Estado tendrá iniciativa pública en la actividad económica. Para ello, podr desarrollar actividades empresariales, las que podrán adoptar diversas formas de propiedad, gestión y organización."

"Las empresas públicas se deberán crear por ley"

Todos estos fragmentos del borrador dejan en claro que la intención de la Convención Constitucional es que el Estado tome un rol más preponderante en varias actividades de tipo económicas. Así, la presencia del Estado en la vida económica se vuelve un asunto cuantitativo y no cualitativo, como sugiere una correcta aplicación del principio de subsidiariedad. En otras palabras, la cantidad de iniciativas que abarque el Estado ya no dependerán de un criterio aplicado caso a caso, en base a una prudente observación de las necesidades del país, sino de la fijación arbitraria de un supuesto "mínimo" de actividades económicas que al Estado le corresponderían por naturaleza. De esta manera, la colaboración público-privada, que tanto bienestar le ha traído a las familias chilenas, queda desplazada a un segundo plano, detrás del Estado empresario. En los siguientes apartados se explicarán las manifestaciones concretas de este cambio de enfoque en materia económica.

Riesgo n° 2: Desincentivos a la inversión minera

Uno de los pilares más destacados de la colaboración público-privada en nuestro país es el régimen de concesiones judiciales, particularmente en el ámbito de la minería. Sin embargo, el proyecto elaborado por la Convención no consagra este régimen, dejando su regulación a la ley, que puede ser modificada por mayorías con quórums menos exigentes. Si a esto se le suma el debilitamiento del estatuto de la propiedad, el cual abre la puerta a la expropiación de manera más amplia, es fácil concluir que las concesiones mineras se encuentran en una difícil encrucijada.

El borrador de la Convención establece lo siguiente en materia de minería:

> *"El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas y las sustancias minerales, metálicas y no metálicas, fósiles e hidrocarburos, sin perjuicio de la propiedad sobre los terrenos en que estuvieren situadas. La exploración, explotación y aprovechamiento de estas sustancias se sujetará a una regulación que considere su carácter finito, no renovable, de interés público intergeneracional y la protección ambiental".*

> *"El Estado establecerá una política para la actividad minera y su encadenamiento productivo, la que considerará, a lo menos, la protección ambiental y social, la innovación, la generación de valor agregado, el acceso y uso de tecnología y la protección de la pequeña minería y pirquineros".*

> *"Quedarán excluidos de toda actividad minera los glaciares, las áreas protegidas, las que por razones de protección hidrográfica establezca la ley, y las demás que ella declare".*

Con el carácter finito y no renovable se alude, de manera no explícita, a la eventual fijación de cuotas de extracción. Esto significa que una empresa minera que invierte en Chile, para obtener una concesión judicial de explotación minera, deberá fijar o atenerse a cuotas máximas de extracción, aunque el yacimiento contenga más minerales. Así, la inversión es fuertemente desincentivada, dejando el camino abierto a la fuga de capitales del país y la pérdida de los empleos y recursos generados por la industria minera.

Además, con la afirmación de que el Estado establecerá una política para la actividad minera, en conjunto con el nuevo Estado empresario del que se habló en el apartado anterior, queda en evidencia que este tendrá un rol mucho más preponderante en cuanto a extracción minera se refiere, estrategia que en el pasado ha demostrado tener malos resultados a la hora de generar recursos para el país de manera eficiente y abundante.

Riesgo n° 3: Fin a los derechos de aprovechamiento de agua e incertidumbre para los agricultores

Mucho se ha debatido sobre el régimen de aguas actualmente vigente en nuestro país, principalmente debido a la difusión de una noticia falsa (o *fake news*) que señala que Chile sería el único país del mundo en el que existe la propiedad privada sobre el agua. En realidad, en nuestro país el agua es un bien de uso público; lo que es apropiable son los derechos de

aprovechamiento de aguas, los cuales son fundamentales para entregar certezas jurídicas en materia de provisión del recurso para consumo humano y actividades económicas como la agricultura.

El proyecto de nueva constitución, sin embargo, termina con los derechos de aprovechamiento de aguas, cuya existencia en Chile data desde hace más de cien años. Con la nueva regulación consagrada por la Convención, cualquier persona que quiera usar agua y no tenga un derecho de aprovechamiento, tendrá que depender de una autorización temporal y revocable. El problema con este tipo de instrumento es que introduce una gran cantidad de incertidumbre a todas aquellas empresas y agricultores que dependen del aprovechamiento del agua para proyectar sus inversiones en el largo plazo.

Si un agricultor quiere realizar un emprendimiento de arándanos, por ejemplo, tendrá que pedir una autorización administrativa al órgano correspondiente para poder usar agua para regar su negocio. Ésta durará sólo un tiempo limitado, y podrá revocarse y caducarse. Así, toda inversión con proyecciones en el mediano y largo plazo sufrirá por la falta de incentivos que representa la revocabilidad y caducidad de los derechos de aprovechamiento.

Riesgo n°4: Se afecta la autonomía del Banco Central

Si hay una institución del Estado reconocida transversalmente por la excelencia en el cumplimiento de sus funciones, es el Banco Central. Ello se debe sin duda a la experiencia técnica de sus miembros, pero fundamentalmente a la autonomía del resto de los poderes del Estado que le ha permitido desarrollar una cultura de trabajo bien hecho, que pone siempre a Chile por delante. Lamentablemente, esa autonomía ahora está en riesgo.

El borrador de nueva constitución se refiere a la composición del Banco Central en los siguientes términos:

> *"El Consejo del BC estará integrado por 7 consejeros designados por el Presidente de la República, con acuerdo de la mayoría de los integrantes del Congreso y la Cámara de las Regiones en sesión conjunta.*
>
> *Durarán 10 años, no reelegibles y podrán ser destituidos por resolución de la mayoría de los integrantes del pleno de la Corte Suprema a requerimiento de la mayoría de los consejeros, del Presidente de la República, de la mayoría de los integrantes del Congreso o de la Cámara de las Regiones."*

De esta manera, al declarar que los consejeros del Banco Central podrán ser removidos por mayorías políticas circunstanciales antes de cumplir con su periodo, se debilita fuertemente la autonomía de la institución. Indirectamente, el Banco Central deja de ser autónomo, pues, por ejemplo, si los consejeros decidieran tomar medidas que son impopulares ante la inflación creciente, el Congreso, más preocupado por su futuro político que en medidas a largo plazo, podrá destituir a sus consejeros. Frente a esa amenaza, el Banco Central se podría ver obligado a considerar no solo criterios técnicos y económicos, sino también políticos.

Riesgo n° 5: Se promete más de lo que se puede gastar en derechos sociales

Una de las características principales del borrador de nueva constitución es el notorio aumento en la cantidad de derechos económicos y sociales que

se consagran. Además de las clásicas garantías sociales como educación, salud y pensiones, la Convención sumó una abultada cantidad de prestaciones: derecho a la vivienda, derecho al cuidado, derecho a la alimentación adecuada, derecho al deporte, etc.

Varios de estos derechos incluyen obligaciones explícitas para el Estado. Por ejemplo, en materia de derecho al cuidado, el proyecto de la Convención señala que "El Estado garantizará este derecho a través de un Sistema Integral de Cuidados y otras normativas y políticas públicas…". Por otra parte, sobre el derecho a la alimentación, se consagra que "El Estado garantizará en forma continua y permanente la disponibilidad y el acceso a los alimentos que satisfagan este derecho…".

Son varias las obligaciones e instituciones nuevas que se crean para garantizar derechos sociales, lo que generará, sin duda, una sobrecarga sobre los recursos del Estado. Y si bien es cierto el borrador considera el principio de progresividad en el financiamiento de los derechos fundamentales —o sea, que se gastará más en la medida que vayan aumentando los recursos disponibles—, es obvio que al consagrar tantos derechos de manera explícita podría generarse una frustración generalizada en el país si es que la recaudación del Estado no aumenta de la forma esperada.

Lo anterior pondrá en una posición complicada a los jueces, quienes deberán enfrentarse a la judicialización de los derechos sociales. Así, también, al Congreso y al Gobierno, los cuales, ante la presión de distintos grupos identitarios por ver garantizado uno u otro derecho, exigirán distintas medidas en materia de gasto público. La Convención lamentablemente no entendió que, ante necesidades ilimitadas, quienes administran el Estado se verán obligados a establecer prioridades.

Conclusiones

Chile y el mundo atraviesan momentos difíciles en términos económicos. A los efectos de la pandemia se suma la creciente inflación que asfixia a las familias más modestas y la creciente incertidumbre sobre las "reglas del juego" que ha generado el proceso constituyente, espantando a inversionistas y emprendedores. Ante estos desafíos, la Convención tenía la tarea de entregar seguridades en materia económica, corrigiendo aquellos elementos que necesitaban de enmiendas y potenciando los pilares institucionales que hicieron progresar al país durante las últimas décadas. Sin embargo, como se ha podido observar, los convencionales estuvieron lejos de entender esa misión, y entregaron un borrador que favorece el intervencionismo del Estado en la economía.

APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 15

Menos herramientas para resguardar el Orden Público

SOFÍA VARELA IBARRA[178]

Una de las materias más esenciales que deben ser reguladas a nivel constitucional en un Estado de Derecho es el Orden Público, su regulación y las instituciones destinadas a velar por su cumplimiento y mantención. Si bien el concepto de orden público no es definido por la actual Constitución ni la ley, sí es posible indicar que está vinculado a una función de protección, permitiendo limitar en cierto grado algunas libertades en pos del bienestar nacional. En efecto, podría definirse orden público como aquel conjunto de normas y principios jurídicos que tienden a resguardar los intereses generales de la sociedad, y cuyo respeto es indispensable para mantener el buen funcionamiento de las instituciones básicas que la configuran. De este modo, el orden público es uno de los objetivos fundamentales del Estado, razón por la cual el texto

[178] Investigadora del Programa Estudios Constitucionales de la Fundación Jaime Guzmán. Estudiante de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, sede Viña del Mar.

constitucional lo reconoce y establece cuáles serán los órganos encargados de resguardarlo.

Sin embargo, el borrador del texto constitucional, si bien hace referencia al orden público, no logra proponer una correcta arquitectura de seguridad del Estado para enfrentar los desafíos de la realidad nacional. Es más, bajo las normas aprobadas por el Pleno de la Convención Constitucional, la institucionalidad vigente responsable de velar por el orden público se ve peligrosamente debilitada.

En lugar de establecer órganos y mecanismos efectivos para garantizar la paz y estabilidad necesarias para el desarrollo del país, las mayorías extremistas de la Convención optaron por la vía la total e irracional refundación del ordenamiento jurídico, poniendo en peligro el resguardo efectivo del orden público y la seguridad y bienestar de todos los chilenos.

A continuación se analizarán 5 artículos de la propuesta de nueva constitución relacionados con materias que tendrán un impacto controversial, relevante y directo en aspectos relacionados con seguridad nacional, defensa, uso de la fuerza pública, instituciones de orden y seguridad pública.

Riesgo n° 1: Desmilitarización de las Policías

Dentro de un Estado de Derecho, no solo basta con el elemento normativo que consagre los derechos de las personas y establezca una organización institucional inspirada en principios democráticos, sino que es necesario que dichos derechos y dicha institucionalidad cuenten con medios para ser resguardados cuando se vean amenazados. De no contar con estos medios el ordenamiento jurídico, en su totalidad, carece de sentido. A esta potestad se le conoce como fuerza pública.

En nuestro país se reconoce que son las policías, tanto Carabineros de Chile como la Policía de Investigaciones de Chile, quienes están encarga-

das de velar por el orden y la seguridad pública. Estas policías son esencialmente obedientes y se encuentran a cargo del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

Si bien el borrador constitucional establece la existencia de estas policías en el Capítulo de Seguridad Pública y Fuerzas Armadas, existe en este una modificación esencial: estas instituciones serán policiales, no militares. Efectivamente, en el artículo 296 del borrador se señala que estas son "instituciones policiales, no militares, de carácter centralizado y con competencia en todo el territorio de la nación". El concepto "no militares" es problemático porque atenta contra un aspecto esencial de Carabineros de Chile, una de las dos instituciones encargadas de resguardar el orden público, por cuanto se elimina el carácter militar que actualmente posee. Mediante esta modificación se inicia un proceso refundacional de Carabineros de Chile, fin que sectores de izquierdas vienen impulsando durante los últimos años. Así, la eventual nueva constitución propone una policía calificada como "civil", que se traducirá en un aumento del control de la autoridad política sobre la misma, y un sometimiento a procedimientos de desarme y fiscalización ciudadana; los cual constituye un verdadero problema práctico para que Carabineros enfrente de manera adecuada los problemas de orden público.

Cabe señalar que no existen argumentos ni experiencia comparada que demuestren que una policía de índole civil tendrá mejor *accountability* que una policía militar.

En el contexto actual, donde los delitos violentos han aumentado en casi un 70% durante los últimos seis años, un reconocido problema de orden público en la Araucanía y el significativo aumento de conflictividad en las ciudades del Norte Grande, resulta tremendamente peligroso para la ciudadanía y el resguardo de sus derechos el hecho que Carabineros de Chile vea mermadas sus facultades para cumplir con las funciones de dar seguridad y eficacia al derecho.

Riesgo n° 2: Límites a las actuaciones de las Fuerzas Armadas y de Orden

En segundo lugar, el inciso segundo del artículo 296, sobre las policías, hace mención del "derecho internacional" en lugar a los "tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes" cuando se refiere a los límites en el uso de la fuerza de estas instituciones. Tal hecho transgrede el principio de que el único límite al ejercicio de la soberanía es el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y que los órganos del Estado deben respetar y promover tales derechos, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes; principio que sí contiene nuestra Constitución actual.

De esta forma, el problema se centra en que el actuar de las policías y la determinación de la necesidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza por parte de estas, podrá estar determinada no solo por los derechos fundamentales garantizados por la Constitución chilena, sino que por cualquier instrumento o fuente de derecho internacional que se refiera al tema, aunque este no se trate de un tratado internacional ratificado por Chile y que, por lo tanto, no forme parte del ordenamiento jurídico nacional. Esta es una clara transgresión al principio internacional de la soberanía de las naciones.

Así, caben dentro de la interpretación de esta norma de la nueva Constitución, por ejemplo, las recomendaciones de Naciones Unidas o de cualquier otro órgano internacional, al igual que los acuerdos adoptados en asambleas internacionales o los textos de organismos internacionales de contenido orientativo. Todos estos instrumentos internacionales son parte de lo que se llama *soft law* que, por su naturaleza, no debiesen ser vinculantes ya que su objetivo no es generar obligaciones para los Estados sino darles directrices de cómo, por ejemplo, aplicar una Convención, o aplicar ciertas políticas públicas.

De esta forma, al otorgarles carácter de vinculantes a instrumentos internacionales de este tipo, se transgrede el principio internacional de igualdad soberana y de independencia de los Estados, el que implica que ningún Estado o grupo de Estados puede intervenir de forma alguna en los asuntos internos de otros. El Estado soberano tiene por característica principal no depender de ningún otro Estado ni de ningún otro orden jurídico estatal a fin de impedir la subordinación de un Estado a otro.

Tal como se dijo, esta limitación es problemática en un contexto de aumento sostenido y sistemático de la violencia en nuestro país.

Riesgo n° 3: Dependencia y Sometimiento de las Fuerzas Armadas

El proyecto de nueva constitución regula el tema de la seguridad nacional y las Fuerzas Armadas en el Capítulo "De la Seguridad Pública y las Fuerzas Armadas", que contiene 6 artículos, junto con otros separados. A diferencia de lo establecido en la actual Constitución Política, respecto de las atribuciones especiales del Presidente de la República, donde incorpora en el N°18 "Asumir, en caso de guerra, la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas"; el borrador constitucional en el art. 286 letra i) señala: "Ejercer permanentemente la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas, disponerlas, organizarlas y distribuirlas para su desarrollo y empleo conjunto".

Esta modificación no es una medida insignificante ni meramente formal; al contrario, resulta extremadamente peligrosa por cuanto las Fuerzas Armadas en su conjunto quedarían supeditadas al poder político. Esto debido particularmente a que el Presidente de la República, bajo esta nueva Carta Fundamental, podrá influir directamente, en su calidad de jefe supremo, en todos los aspectos administrativos internos de las instituciones, situación que actualmente corresponde a los Comandantes

en Jefe de cada una de ellas. Y resulta lógico que sean ellos quienes se encarguen de la administración, ya que poseen una carrera militar y la formación necesaria para dirigir la organización y funcionamiento de estas instituciones con conocimiento de causa y responsabilidad.

Por el contrario, caben razonables dudas sobre la competencia que un Presidente de la República pueda tener en estas materias, que en caso de darles poder para la disposición, organización y distribución de su personal, de su administración territorial y de los implementos necesarios para el ejercicio de sus labores, podría llevar a que se adopten decisiones que signifiquen un retroceso en estas instituciones, debilitándolas y sometiéndolas a la voluntad del mandatario de turno, es decir, a una mayoría circunstancial que no es capaz de tomar decisiones que sean sostenibles y beneficiosas a largo plazo. Por ende, la norma mencionada pone en peligro la seguridad pública, toda vez que una persona sin competencias en las materias asuma como jefe supremo, con facultades sumamente amplias, lo que claramente puede dejar en un estado de indefensión e incerteza a los ciudadanos chilenos y a los mismos integrantes de dichas fuerzas.

Se suma a lo anteriormente señalado lo establecido en el artículo 72 del borrador de nueva constitución:

> *"Art. 45.- Derecho de asociación.*
>
> *Todas las personas tienen derecho a asociarse, sin permiso previo.*
>
> *El derecho de asociación comprende la protección de la autonomía de las asociaciones para el cumplimiento de sus fines específicos y el establecimiento de su regulación interna, organización y demás elementos definitorios.*

Para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley.

La ley podrá imponer restricciones específicas al ejercicio de este derecho respecto de las policías y fuerzas armadas".

En este orden de ideas, la calidad de jefe supremo del Presidente para con las Fuerzas Armadas y la restricción del derecho de asociación de las policías y las FF.AA., son los componentes que llevarán a una dependencia y sometimiento de la fuerza, en su administración interna y externa, al poder político. Esto es especialmente grave, si se mira en el contexto de las propuestas programáticas del actual gobierno, dentro de las que se contempla la prohibición de porte de armas a funcionarios de las Fuerzas Armadas y de Orden retirados. En el fondo, se puede apreciar la eliminación de la participación de las FF.AA. en el máximo de aspectos de la vida nacional, con un fuerte componente ideológico.

Por último, respecto a los mecanismos de designación y remoción de Comandantes en Jefe, es necesario recalcar que la propuesta de texto constitucional deja fuera la exigencia que la elección de los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas se realice dentro de los cinco oficiales de mayor antigüedad. Junto con ello, se elimina la participación del Congreso Nacional para llamar a retiro a estas autoridades, lo cual constituye un peligro para el funcionamiento y organización de estas instituciones encargadas de proteger externa e internamente la Nación. El hecho de que el Presidente de la República pueda, en cualquier momento y sin mediar contrapeso de otro poder del Estado, llamar a retiro a un Comandante en Jefe y, al mismo tiempo, pueda designar a cualquier oficial general o almirante en el máximo cargo, debilita la institucionalidad. Esta condición genera también un riesgo de politizar las Fuerzas Armadas, situación que ya se ha presentado en la historia de Chile. Es por ello que deben existir balances entre las actuaciones de los poderes del Estado, especialmente en materias de seguridad y orden público.

Riesgo n° 4: Estados de Excepción Constitucional

El proyecto de nueva constitución contempla, al igual que la actual Constitución, la declaración de los Estados de Excepción Constitucional en los casos y formas que establezcan la Constitución y la ley dentro de las atribuciones del Presidente de la República. Además, en el capítulo dedicado al Poder Ejecutivo —desde el capítulo 299 en adelante—, se encuentra la regulación de cada uno de estos estados, dentro de los que se encuentran: conflicto armado internacional, conflicto armado interno según establece el derecho internacional o calamidad pública.

Cabe destacar la referencia al Derecho Internacional en la definición de "conflicto armado interno", concepto propio del Derecho Internacional Humanitario. Las fuentes jurídicas para definir este concepto son los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II. A partir de ellos, se define conflicto armado interno como aquel "conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes" (Art. 3 común de los Convenios).

Para calificar un conflicto armado como interno, existen ciertos umbrales de gravedad: "Por una parte, las hostilidades deben alcanzar un nivel mínimo de intensidad. Puede ser el caso, por ejemplo, cuando las hostilidades son de índole colectiva o cuando el Gobierno tiene que recurrir a la fuerza militar contra los insurrectos, en lugar de recurrir únicamente a las fuerzas de policía. Por otra parte, los grupos no gubernamentales que participan en el conflicto deben ser considerados "partes en el conflicto", en el sentido de que disponen de fuerzas armadas organizadas. Esto significa, por ejemplo, que estas fuerzas tienen que estar sometidas a una cierta estructura de mando y tener la capacidad de mantener operaciones militares".[179]

[179] Cruz Roja (2008): "Cuál es la definición de "conflicto armado" según el derecho internacional humanitario?". Documento de opinión.

Es en este punto donde aparece la primera gran diferencia con la regulación actual de los Estados de Excepción, los que además de las hipótesis que contempla el borrador constitucional, permiten su declaración cuando exista guerra interna o grave conmoción interior, y cuando se produzca una grave alteración al orden público o grave daño para la seguridad de la Nación. De este modo, se establece una restricción para el decreto y procedencia de los Estados de Excepción Constitucional, por lo cual frente a ciertas circunstancias de grave alteración del orden público y la seguridad, no sería posible tomar ciertas medidas más drásticas es pos de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos. Esta medida resulta ilógica y desconoce la realidad nacional, pues se excluye una herramienta del poder político para resguardar el orden e imponer el Estado de Derecho, permitiendo intervenir ante la "grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la Nación".

En segundo lugar, la propuesta de norma constitucional del artículo 298, inciso primero del borrador señala que la finalidad de estas instituciones es "el resguardo de la soberanía, independencia e integridad territorial de la República, ante agresiones de carácter externo, según lo establecido en la Carta de Naciones Unidas". Con ello, se limita la labor de las Fuerzas Armadas solo a agresiones externas, por lo que estas instituciones no podrían actuar en el marco de los estados de excepción constitucional de sitio y de catástrofe, renunciando así el Estado a emplear parte de los instrumentos mejor preparados para enfrentar este tipo de amenazas, lo que claramente es una contradicción en la misma propuesta.

Otro punto necesario de recalcar de esta regulación es la constitución de una "Comisión de Fiscalización", un órgano destinado a revisar la implementación de las medidas verificadas en periodos en que se haya decretado Estado de Excepción Constitucional, pero que impide la correcta aplicación de esta herramienta para proteger el orden público.

> *"Artículo 304°.- Una vez declarado el estado de excepción, se constituirá una Comisión de Fiscalización dependiente del Congreso de Diputadas y Diputados, de composición paritaria y plurinacional, integrada por diputadas y diputados, por representantes regionales y por representantes de la Defensoría de los Pueblos, en la forma que establezca la ley. Dicho órgano deberá fiscalizar las medidas adoptadas bajo el estado de excepción, para lo cual emitirá informes periódicos que contengan un análisis de ellas, su proporcionalidad y la observancia de los derechos humanos y tendrá las demás atribuciones que le encomiende la ley.*
>
> *Los órganos del Estado deberán colaborar y aportar todos los antecedentes requeridos por la comisión para el desempeño de sus funciones. En caso de que tome conocimiento de vulneraciones a lo dispuesto en esta Constitución o la ley, la Comisión de Fiscalización deberá efectuar las denuncias pertinentes, las cuales serán remitidas y conocidas por los órganos competentes. La ley regulará la integración y funcionamiento de la Comisión de Fiscalización".*

En resumen, la regulación que se le da a los Estados de Excepción Constitucional en el borrador de Nueva Constitución es bastante más acotada que la regulación actual, además de imponer una serie de trabas o revisiones que dificultan su adecuada implementación. Considerando la escalada de hechos de violencia y el aumento de la delincuencia en determinadas zonas del país justifica la existencia de medidas de mayor magnitud, y restringir las causales para la declara-

ción de Estados de Excepción va en sentido absolutamente contrario a ese objetivo. Con esta regulación, se está privando al Estado de una de las herramientas más útiles en el combate de hechos gravísimos, como lo es la grave conmoción interna o una alteración importante al orden público que sean de tal magnitud, que requieran de la intervención de las Fuerzas Armadas, en colaboración con las Fuerzas de Orden y Seguridad.

Riesgo n° 5: Ministerio Público y Persecución Penal

Dentro del tercer bloque de normas de la Comisión de Sistemas de Justicia, en lo relativo a las "Garantía Procesales Penales", se dispone una norma relativa a la pena de confiscación de bienes, que implica un gran distanciamiento y contraste con lo que la Constitución vigente establece respecto de la materia. En efecto, el borrador constitucional incorpora dentro de tales garantías la prohibición de imponer la pena de confiscación de bienes.

> *"Artículo 111°.- Garantías procesales penales.*
>
> *Toda persona tiene derecho a las siguientes garantías procesales penales mínimas:*
>
> *j) A que no se le imponga la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes".*

En cambio, la Constitución vigente permite la confiscación, aunque únicamente respecto de asociaciones ilícitas.

Cabe destacar, en primer lugar, que confiscación es, según la Real Academia Española, la "pena o sanción consistente en la apropiación

por el Estado de la totalidad del patrimonio de un sujeto",[180] y la doctrina la define como "el apoderamiento de los bienes de una persona, los que se traspasan desde el dominio privado al del Estado, sin ley que justifique la actuación ni proceso en que se ventilen los derechos del afectado".[181] En segundo lugar, la Fiscalía considera como asociaciones ilícitas aquellos grupos de dos o más personas que se ponen de acuerdo para llevar a cabo delitos que atenten contra el orden social, las buenas costumbres, la propiedad o las personas; exigiendo que tengan cierta organización y permanencia en el tiempo.

La importancia de esta diferencia en la redacción y contenido en la garantías señalada es que, debido a que en la propuesta que la Convención Constitucional redactó se elimina la referencia a las asociaciones ilícitas, se pone en peligro la seguridad nacional y el orden público, por cuanto tal normas puede beneficiar a grupos terroristas, tales como la Coordinadora Arauco-Malleco (CAM). En efecto, en caso de que los miembros de tales asociaciones cometan algún delito, no les sería aplicable la pena de confiscación y se estaría generando una situación de impunidad. La gravedad de lo anterior radica en los innumerables ataques de tipo terroristas, que afectan directamente el orden público, la propiedad y en específico, a muchas familias que no pueden desarrollar una vida tranquila ante el miedo de ser víctimas -nuevamente- de algún ataque de parte de las asociaciones ilícitas que están presentes en nuestro país.

La eliminación tajante de la confiscación de bienes, sin admitir una excepción como lo hace el texto constitucional vigente, genera un gran peligro e intensifica la actual impunidad bajo la cual actúan las asociaciones ilícitas, provocando que se instale en el país la idea de tolerancia ante la violencia y los actos contrarios a la ley.

---

[180] RAE (s/f) *Confiscación*

[181] Tribunal Constitucional (s/f) *Doctrina: Concepto de confiscación.*

Conclusiones

A pesar de que el proyecto de nueva constitución establece una serie de normas orientadas a la regulación y protección del orden público y seguridad nacional, este no logra proponer medios verdaderamente eficaces para que el Estado pueda cumplir con su función de resguardar los intereses y garantías de los ciudadanos.

En lugar de establecer instituciones fuertes, con capacidad de actuación y decisión, y mecanismos efectivos para mantener la paz y orden del país, se llegó a una propuesta no solo deficiente, sino también gravemente peligrosa para el futuro de nuestra institucionalidad.

La omisión de aspectos tan relevantes como la definición de las instituciones policiales, el uso legítimo de la fuerza, o la habilitación de la Fuerzas Armadas en tareas que los propios estados de excepción constitucional exigen genera que tales materias tengan que ser completadas a través de leyes simples por mayorías circunstanciales, cuando debieran, por su importancia, ser reguladas a nivel constitucional por ser aspectos centrales para la estabilidad democrática.

Por medio de las normas ya analizadas con anterioridad, la institucionalidad responsable de velar por el orden público y la seguridad tanto externa como interna, se ve peligrosamente debilitada y con ello las garantías de los chilenos. Si las personas no ven su seguridad y derechos garantizados por los órganos establecidas para velar por su resguardo, no tardarán en recurrir a medios drásticos de autotutela, lo cual solo contribuirá a generar un ambiente de violencia y caos en nuestro país.

Referencias bibliográficas

1. Cruz Roja (2008): "Cuál es la definición de "conflicto armado" según el derecho internacional humanitario?". Documento de opinión. Disponible en: https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf

2. RAE (s/f) *Confiscación.* En: https://dle.rae.es/confiscaci%C3%B3n

3. Tribunal Constitucional (s/f) *Doctrina: Concepto de confiscación.* En: http://e.tribunalconstitucional.cl/resultado/Letra--18

APUNTE CONSTITUCIONAL Nº 16

Por qué el borrador de la Convención es un peligro para las universidades y sus estudiantes

JOSÉ IGNACIO PALMA ARANCIBIA[182]

Mucho se ha hablado sobre cómo el borrador de la Convención Constitucional representaría un peligro para los chilenos por la manera en que están consagradas materias como la salud, las pensiones o la vivienda. Sin embargo, no tanto se ha dicho sobre los defectos del texto en lo que refiere al derecho a la educación, y concretamente de los peligros que traería para las universidades y sus alumnos.

A continuación, se presentan argumentos por los cuales los estudiantes universitarios deberían considerar la aprobación del borrador como una amenaza para ellos y sus universidades.

---

[182] Investigador del Programa Estudios Constitucionales de la Fundación Jaime Guzmán. Cientista Político de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Recientemente fue aceptado en MSc en Teoría Política en el London School of Economics.

Riesgo n°1: Graves restricciones a la libertad de enseñanza

A diferencia de la constitución actual, que reconoce explícitamente como parte de la libertad de enseñanza el derecho a abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, el artículo 41 del borrador elaborado por la Convención Constitucional se limita simplemente a decir que "La Constitución garantiza la libertad de enseñanza y es deber del Estado respetarla". De esta manera, se vacía de totalmente de contenido a esta libertad, lo que denota la poca importancia que la Convención le asignó a su reconocimiento.

Esta falta de consideración por la libertad de enseñanza queda, además, en evidencia con el hecho de que muchas de las indicaciones que estaban destinadas a protegerla con mayor intensidad, fueron rechazadas. Enmiendas como "Le estará prohibido al Estado imponer un modelo único de educación" o "Los establecimientos educacionales particulares tienen el derecho a desarrollar sus proyectos y programas educativos propios", fueron presentadas por miembros de Vamos por Chile. No obstante, las facciones izquierdistas de la Convención, en un evidente desprecio por los proyectos educativos distintos a los del Estado, optaron por rechazarlas.

Sin embargo, lo más problemático en materia de libertad de enseñanza son las limitaciones que se establecen a la posibilidad de fundar proyectos educativos de manera realmente libre. El artículo 41 del borrador establece que "Las y los profesores y educadores son titulares de la libertad de cátedra en el ejercicio de sus funciones, en el marco de los fines y principios de la educación".

Esto significa que los profesores universitarios solo podrán enseñar ateniéndose a los "fines y principios" de la educación definidos en el artículo 35 del borrador, dentro de los cuales se encuentra el enfoque de género y la interculturalidad. Esto es sumamente grave, porque es a través de la docencia que la misión de un determinado proyecto edu-

cativo se manifiesta en la práctica. Limitar la libertad de cátedra de los profesores es, indirectamente, limitar la libertad de enseñanza. Como consecuencia, las universidades que sean contrarias a la ideología de género o propaguen una determinada visión cultural —como ocurre con las universidades confesionales, por ejemplo—, no podrán desplegar sus proyectos educativos en su plenitud, por cuanto se encuentran fuera del marco de los fines y principios de la educación definidos por la Convención Constitucional.

Riesgo n°2: Gratuidad para las instituciones, no para los estudiantes

Un segundo problema para los estudiantes universitarios y las instituciones a las que asisten dice relación con la consagración constitucional de la gratuidad. Aunque se trata de una política pública que ya existe, y de la cual se benefician miles de estudiantes, la manera en que está consagrada en el borrador podría generar cambios profundos en su funcionamiento, afectando directamente a los estudiantes.

Cuando se produjo la discusión sobre la política de gratuidad en la educación superior durante el segundo Gobierno de Michelle Bachelet, uno de los asuntos que generó mayor polémica era si el beneficio iría dirigido a las universidades definidas por el Estado o, en contraste, dirigido al estudiante, para que este pudiera elegir en qué institución ocuparlo. En un principio, el Gobierno impulsó un proyecto que consideraba un beneficio solo para las universidades estatales y las que formaban parte del Consejo de Rectores (CRUCH). Sin embargo, varios parlamentarios, organizaciones de la sociedad civil e instituciones de educación superior ejercieron presión para cambiar esta medida, argumentando que la gratuidad debía ser un beneficio para aquellos alumnos que realmente lo necesitan, independiente de la universidad que elijan. Finalmente,

esta arremetida tuvo éxito, y hoy la gratuidad es un derecho adquirido del alumno, quien puede disponer de él en aquel proyecto educativo que mejor se ajuste a sus preferencias académicas y valóricas, con la única limitación de que la institución elegida se encuentre acreditada.

El borrador de la Convención, en cambio, señala en su artículo 37 inciso 6° que "Los estudios de educación superior conducentes a títulos y grados académicos iniciales serán gratuitos en las instituciones públicas y en aquellas privadas que determine la ley". De este modo, la gratuidad quedaría consagrada constitucionalmente como un beneficio dirigido a las instituciones y no a los estudiantes. Esto abre la puerta a que el Estado pueda definir arbitrariamente cuáles serán las universidades que recibirán gratuidad, sin considerar la preferencia de los alumnos por un determinado proyecto educativo u otro. Lo anterior se agrava si se considera que las universidades estatales recibirán el beneficio a como dé lugar, sin considerar su calidad. Así, muchos estudiantes podrían verse obligados a elegir las universidades del Estado en vez de una institución privada de mejor calidad.

Además, la gratuidad quedaría consagrada como un beneficio universal para las instituciones que el Estado designe, pues, no se señala que será recibida solo por aquellos estudiantes que realmente lo necesiten. Esto generará una sobrecarga en las arcas del Estado, pues se verá obligado constitucionalmente a financiar la educación de miles de estudiantes, sin considerar sus condiciones económicas. Peor aún, en caso de no poder cumplir, el Estado deberá enfrentarse a acciones constitucionales en su contra por no respetar un derecho garantizado por la constitución.

Riesgo n°3: Cogobierno universitario consagrado constitucionalmente

El cogobierno universitario implica que los distintos estamentos de una institución formen parte de la dirección de ella. Esto quedó consagrado en el borrador de la Convención en su artículo 42:

> *"Quienes integran las comunidades educativas tienen derecho a participar en las definiciones del proyecto educativo y en las decisiones de cada establecimiento, así como en el diseño, la implementación y la evaluación de la política educacional local y nacional La ley especificará las condiciones, los órganos y los procedimientos que aseguren su participación vinculante".*

Que académicos, estudiantes y trabajadores participen del gobierno de las universidades es una causa levantada por grupos radicales al interior de estas instituciones desde mediados del siglo pasado en nuestro país. Aunque a primera vista puede parecer como algo atractivo, la verdad es que el cogobierno de las instituciones educativas representa un peligro para las universidades.

El mecanismo preferido por la izquierda radical para desmantelar proyectos educativos y homogeneizarlos es implementar la democracia como método de toma de decisiones al interior de las instituciones de enseñanza. Si una mayoría de los estudiantes, por ejemplo, decidiese cambiar el proyecto educativo que funda e identifica a la institución de la que forman parte, podría llegar a hacerlo. Así, todos los estudiantes que eligieron dicha institución por su misión y características particulares se verían afectados.

Instituciones educativas confesionales, por ejemplo, verían sometida la integridad de su proyecto educativo a mayorías circunstanciales,

afectando así a todos los estudiantes que eligieron dicho proyecto como el indicado para formarse, tanto por su calidad académica como por los principios y valores que este promueve. Pero no solamente los estudiantes se verían afectados, sino también las organizaciones que fundan instituciones de educación superior con una perspectiva particular. Aquella institución que fue construida para enseñar y transmitir determinados valores podría verse torcida por los vaivenes de la contingencia.

Un segundo problema lo constituye la participación de personas que aún se encuentran en proceso de formación en las decisiones de la comunidad educativa. Aunque no cabe duda de que la opinión de los estudiantes, expresada a través de mecanismos de representación como lo son los centros de alumnos, es sumamente importante y debe ser escuchada, resulta desconcertante que se les atribuya la madurez suficiente como para tomar decisiones que digan relación con el gobierno de su establecimiento educativo. Para hacerse una idea, las decisiones académicas de la universidad consideran cuestiones como la definición de las mallas o la contratación de académicos. Nuevamente, los estudiantes tienen mucho que decir al respecto y deben poder participar con derecho a voz, pero tener un poder equivalente a la del estamento académico constituye un salto cualitativo desmedido.

A lo anterior debe sumarse que es el estamento representado por la rectoría y el personal académico es el que se conserva dentro de la universidad con mayor estabilidad a través del tiempo. Ello les permite que su visión respecto al gobierno de la comunidad universitaria supere las particularidades de la contingencia y sean capaces de sostener la misión educativa de la institución a través de las generaciones.

Riesgo n°4: Prioridad para universidades no por su calidad, sino por su propiedad

Otro de los problemas del borrador de la Convención es su claro sesgo en favor de las universidades estatales. Si bien, es cierto que es importante la existencia de la educación pública, en un contexto en que las instituciones privadas no pueden dar solución de manera completa a las necesidades educacionales, también es fundamental que el Estado entienda que la prioridad es proveer de educación de calidad. La calidad, como es evidente, no viene dada por la propiedad de la institución educativa. Dicho de otra manera, no porque una universidad sea estatal o privada, necesariamente será de mejor calidad.

A pesar de lo anterior, la Convención Constitucional ha decidido darle prioridad a la creación de nuevas universidades estatales. Esto queda claro en el artículo 35 inciso 7°:

> *"La educación pública constituye el eje estratégico del Sistema Nacional de Educación; su ampliación y fortalecimiento es un deber primordial del Estado, para lo cual articulará, gestionará y financiará un Sistema de Educación Pública de carácter laico y gratuito, compuesto por establecimientos e instituciones estatales de todos los niveles y modalidades educativas".*

También el artículo 37 inciso 4° se refiere a esta materia:

> *"En cada región existirá, al menos, una universidad estatal y una institución de formación técnico profesional de nivel superior estatal. Estas se relacionarán de manera*

coordinada y preferente con las entidades territoriales y servicios públicos con presencia regional, de acuerdo con las necesidades locales".

Al establecer la ampliación y fortalecimiento de la educación pública como "el" eje estratégico del Sistema Nacional de Educación, se deja en claro que existe una prioridad por las instituciones estatales por sobre las universidades privadas. Así, en lugar de destinar recursos para fortalecer aquellas instituciones que son preferidas por su calidad y proyecto educativo, se focalizará el financiamiento en las universidades estatales, independiente de su desempeño.

Además, se consagraría constitucionalmente un asunto que corresponde a una definición de políticas públicas, como es la fijación de al menos una universidad estatal por región. La instalación de una regla numérica supone pasar por alto el contexto y las circunstancias concretas de cada región. La creación de universidades estatales no debiese estar sometida a una regla de este tipo, sino al discernimiento del legislador que, teniendo en cuenta la necesidad de cada región, puede decidir si es necesario hacerlo o no.

Riesgo n°5: Una acción de tutela de derechos fundamentales peligrosa para las universidades

La acción de tutela de derechos fundamentales es la herramienta que tendrían las personas para reclamar por vulneraciones a los derechos contenidos en el borrador. El problema es que, a diferencia del recurso de protección consagrado en la actual Constitución, la acción de tutela propuesta por la Convención podría deducirse de cualquier acción u omisión, sin la necesidad de que sea arbitraria o ilegal.

Lo anterior representa un peligro para la sociedad civil en general, pero particularmente para las universidades, dada la presencia de grupos izquierdistas radicales. Con lo estipulado por el borrador, una persona podría interponer una acción de tutela de derechos fundamentales ante cualquier acción u omisión de una universidad o sus académicos, independiente de si estos han actuado dentro de los márgenes de la ley. Bastará con la simple autopercepción de verse vulnerado en los propios derechos fundamentales, como para que un estudiante pueda reclamar ante los tribunales.

Las universidades que, por razones de su proyecto y misión educativa, se nieguen a promover o permitir prácticas exigidas por grupos radicales, podrían verse enfrentadas a esta situación. Por ejemplo, si un profesor, en el ejercicio de su libertad de cátedra, se refiriera al aborto como un asesinato, al comunismo como una ideología totalitaria, a la naturaleza como objeto de protección y no de derechos, etc., podría verse en la situación de que un grupo de alumnos se sienta vulnerado en sus derechos fundamentales, e interponga una acción constitucional en su contra. Lo mismo podría ocurrirle a la universidad si es que considera que determinadas decisiones de tipo académicas o administrativas les competen a las autoridades y no al estudiantado en su conjunto.

Aunque los ejemplos pueden parecer excesivos, lo cierto es que se corresponden con el comportamiento totalitario que muchas veces tiene la izquierda radical al interior de las universidades. Son bastantes los acontecimientos pasados que evidencian la absoluta falta de disposición para tolerar visiones diferentes que las propias.

Conclusiones

Es claro que las mayorías extremistas de la Convención Constitucional tienen un sesgo ideológico profundo en materia de educación. Las afectaciones a la libertad de enseñanza, las restricciones a la libertad de elegir de los estudiantes a través de la política de gratuidad y la priorización a la educación pública dejan en evidencia una preferencia arbitraria por las universidades estatales.

Sumado a eso, la obligatoriedad del cogobierno universitario y la flexibilización de los requisitos para presentar acciones constitucionales ponen a las universidades en una posición difícil, pues tendrán poco espacio para tomar decisiones sin verse amenazados por el comportamiento de los grupos más radicales.

De esta manera, tanto las instituciones como sus estudiantes se ven coartados en sus libertades, principalmente en lo que refiere a la posibilidad de desplegar la tarea educativa en conformidad con las propias convicciones, sin intervencionismo del Estado.

FJG

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN

Capullo 2240, Providencia, Santiago.
+56 2 2940 1100
www.fundacionjaimeguzman.cl