



Análisis de las propuestas de Reforma Constitucional

por Gonzalo Candia Falcón
Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos
Pontificia Universidad Católica de Chile
Investigador Asociado IRP

3 Claves

1. El programa de gobierno de la Nueva Mayoría propone cambiar el modelo de Estado, desde uno Subsidiario a uno Social de Derecho. El cambio propuesto es analizado críticamente, ya que implicaría un repliegue de la sociedad civil par dejar paso a una mayor acción del Estado.
2. Se sitúa el debate en torno a las normas contramayoritarias en el terreno de lo prudencial, aislándolo de consideraciones dogmáticas, como la pretensión de cierta izquierda de sostener la incompatibilidad de dichas normas con el sistema democrático.
3. Finalmente se analiza críticamente la propuesta de una Constitución "laica y pluralista" y se defiende la colaboración con los credos religiosos en el marco que la Constitución vigente establece. La propuesta de constitucionalizar el aborto también es analizada y se concluye que tal modificación vulneraría los Derechos Humanos y no corresponde a ninguna obligación internacional del Estado de Chile.

Tras analizar las aproximaciones teóricas al proceso de reforma constitucional –Mirada Pública N 006– y habiendo considerando las opciones a través de las cuales dicha reforma podría potencialmente efectuarse, corresponde analizar algunas de las propuestas en torno a una posible reforma. En este Mirada Publica se analizarán algunas de esas propuestas.

1. Nueva institucionalidad: el estado social y democrático de derecho

El modelo de estado asumido en la actualidad por la Constitución es el modelo de estado subsidiario. Ello es lo que aparece consagrado en el artículo 1° inciso tercero de la Constitución, el que reconoce la autonomía de los cuerpos intermedios. En la práctica,

esto significa que la satisfacción de toda necesidad pública debe ser asumida de forma primaria por los individuos y las comunidades sociales de intermediación tales como las familias y las organizaciones sociales. Sólo en aquellos casos en que dichas organizaciones no sean capaces por sí mismas de satisfacer dichas necesidades, el Estado intervendrá. Dicha intervención, eso sí, deberá ser leal; esto es, promoverá el desarrollo descentralizado de la actividad y entregará el desarrollo de la misma a las comunidades de intermediación cuando ellas estén en condiciones tales que puedan asumir la responsabilidad sin detrimento para el bien común. En ese sentido, la intervención estatal es subsidiaria; esto es, opera auxiliando a los individuos y comunidades, no reemplazándolas.¹

Es por ello que la Constitución reconoce en materias relacionadas con la enseñanza (artículo 19 N° 11), la seguridad social (artículo 19 N° 18), la promoción y cuidado de la salud (artículo 19 N° 19) y actividades empresariales (artículo 19 N° 21). Ello representa una particularización del principio de subsidiariedad. En ese sentido, son los particulares los primeros llamados a satisfacer las necesidades asociadas a esas áreas. El Estado sólo intervendrá si aquellos (a) no son capaces de satisfacer esa necesidad, o bien (b) si haciéndolo, no lo hacen de la forma exigida por el bien común.

Algunas críticas académicas han surgido respecto a la forma cómo la subsidiariedad ha sido concebida en el Derecho Constitucional chileno, en la medida que ésta reforzaría

excesivamente su arista negativa (de no intervención estatal) en desmedro de su dimensión positiva (intervención estatal).² Esa parece ser una de las razones por las cuales una de las propuestas del proyecto de reforma constitucional contenida en el programa presidencial es, precisamente, la adopción del modelo denominado estado social y democrático de derecho. Ello representaría un cambio de paradigma: en efecto, determinaría el paso desde un estado subsidiario a uno directamente proveedor.

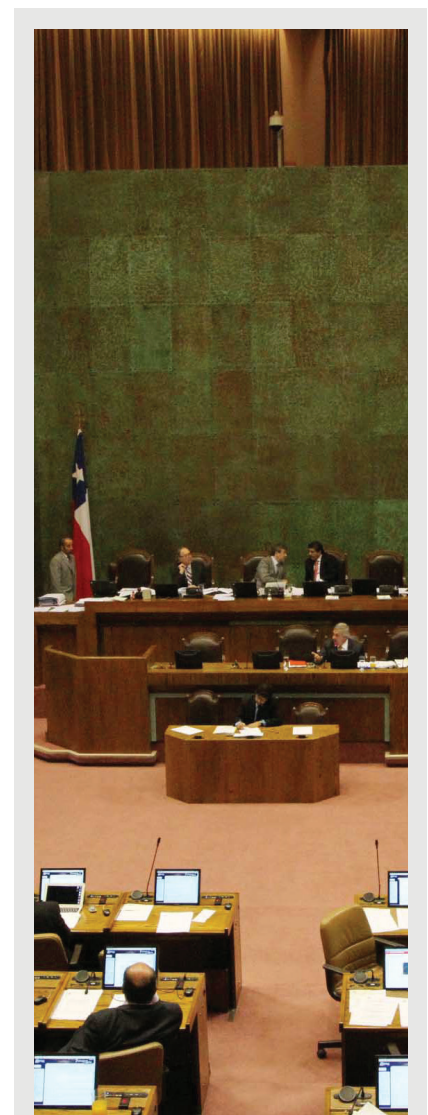
La primera constitución que expresamente reconoció el Estado social y democrático de derecho fue la ley fundamental alemana de 1949.³ El objetivo central de este reconocimiento fue permitir al Estado, en especial a la Administración, disponer de mayor poder para intervenir en la vida social, constituyéndose como el proveedor primario de los denominados derechos sociales. En ese sentido, el estado social y democrático de derecho se estructura a partir del reconocimiento constitucional de derechos sociales cuyo principal prestador pasa a ser el Estado, el que pasa a desarrollar un papel activo y central en la regulación económica del país, desplazando en la centralidad de su actuar a los particulares y a la acción del mercado.⁴ En ese sentido, el estado social tiende a invertir la relación entre sociedad civil y estado que es propia de los modelos subsidiarios. En efecto, mientras la iniciativa en torno a la satisfacción de las grandes necesidades sociales radica,

en el contexto de un modelo subsidiario, en la sociedad civil, el modelo del estado social entrega esa iniciativa al estado.⁵ En ese contexto, es claro porque el estado social supone un estado activo y altamente interventor, dotado de amplias facultades discrecionales para actuar en la vida social.⁶ Es por ello que el modelo de estado social invierte la relación entre sociedad civil y estado promovida por la subsidiariedad.

Ahora bien, el reconocimiento de un estado social no implica simplemente la inclusión de derechos sociales en la Constitución. Un estado social también tiende a judicializar los conflictos en torno a dichos derechos sociales, en la medida que los mismos se hacen exigibles en tribunales. Esto aumenta el poder de los jueces, quienes adquieren facultades para, en la práctica, definir políticas públicas. Esa ha sido la experiencia de Colombia, que se reconoció como un Estado social y democrático de derecho en 1991.⁷

La propuesta planteada en torno a la adopción de una definición de estado social en la Constitución sería una cuestión (a) innecesaria y (b) equivocada.

En primer lugar, el modelo de estado subsidiario admite diversos grados de intervención estatal en la vida social. Aceptar la subsidiariedad no implica rechazar la intervención del estado, sino limitarla a aquellos casos en que la sociedad civil no pueda por sí misma proveer las necesidades



Sesión del Senado, Congreso Nacional



sociales o bien no lo haga de acuerdo a las exigencias propias del bien común. Ello sin perjuicio del papel legislador y normativo que, por naturaleza le corresponde a la autoridad estatal. En ese contexto, la inclusión de la cláusula de estado social no es necesaria.

Asimismo, la existencia de un modelo de estado subsidiario no implica necesariamente la inexistencia de derechos sociales. De hecho, la actual constitución reconoce una serie de derechos sociales tales como (a) el derecho a la educación (artículo 19 N° 10); (b) el derecho al trabajo (artículo 19 N° 16); (c) el derecho a la previsión social (artículo 19 N° 18), y (d) el derecho a la protección de la salud (artículo 19 N° 19). Lo que ocurre es que dentro de un modelo de estado subsidiario, el principal obligado en la promoción de dichos derechos es la sociedad civil. Por tanto, el estado sólo proveerá de forma directa dichos derechos sólo si se dan los presupuestos contemplados por la subsidiariedad respecto de la intervención estatal. El modelo de estado social opera de forma inversa; esto es, hace responsable al estado de proveer directamente dichos derechos y obliga a la sociedad civil de forma subsidiaria.

Desde una perspectiva política, el reemplazo del modelo subsidiario por uno de estado social ignora las virtudes políticas que la subsidiariedad encierra. Primero, ella permite a los individuos y a las comunidades asumir sus

responsabilidades en la consecución del bien común, cuya promoción no es deber único del Estado.⁸ Por otro lado, la subsidiariedad permite establecer una sana relación entre Estado y sociedad civil, en que es reconocido un ámbito de autonomía para esta última. Finalmente, la subsidiariedad incentiva la búsqueda de soluciones plurales a cuestiones de bien común. Así, por ejemplo, la subsidiariedad permite que se exprese la diversidad de proyectos educativos en la sociedad.

En conclusión: el cambio de paradigma respecto a la visión de estado genera una serie de problemáticas que tienen que ver con el repliegue de la sociedad civil y el crecimiento del estado en la sociedad.

2. Nueva institucionalidad: el estado social y democrático de derecho

Tal como lo señalamos anteriormente, el programa busca terminar con los mecanismos contramayoritarios contenidos en la actual Constitución, esto es, el sistema de quórum y el control preventivo de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional.

i. La eliminación de los quórum supramayoritarios

El programa de gobierno entiende que los quórum supramayoritarios constituyen un atentado contra el principio de respeto

irrestringido a la soberanía popular y, por tanto, busca eliminarlos. Ello incluyendo los quórum especiales contenidos para reformar la constitución.

Este es un tema altamente controversial, **donde no existen recetas uniformes aplicables a todas las comunidades políticas.** Por el contrario, existen diversas alternativas constitucionales en torno a los quórum en el derecho comparado. Mientras algunos sistemas constitucionales no consideran quórum supramayoritarios para reformar sus constituciones (Gran Bretaña y los países de la Commonwealth, en general) otros sí los incluyen, como la constitución de los Estados Unidos de América, Austria y Bélgica. De hecho, la Constitución alemana de 1949 –el paradigma constitucional de postguerra– establece que ciertas normas de la constitución, como el reconocimiento del modelo federal, no pueden ser reformadas. Estas son las denominadas cláusulas constitucionales pétreas.⁹ En este contexto comparado tan diverso, resulta difícil establecer un estándar único respecto de cuáles son las exigencias de un modelo constitucional democrático en relación a los quórum exigidos para la aprobación de leyes.

Siendo imposible definir un único estándar en relación al tema, la cuestión debe resolverse considerando el contexto político de cada comunidad nacional. Por eso, la pregunta no es si los quórum supramayoritarios

exigidos por la Constitución chilena son antidemocráticos, sino si los mismos son adecuados a la realidad actual de nuestro país.

Si bien la existencia de ciertos quórumos supramayoritarios en la Constitución generaron estabilidad política durante la transición, algunos de ellos podrían ser eliminados. Por ejemplo, el artículo 19 N° 21 exige que la creación de toda empresa pública requiere de una ley de quórum calificado. Quizá eso hoy no se necesite como hace treinta años atrás, considerando que Chile actualmente tiene una robusta legislación antimonopolios que se aplica en su integridad tanto a empresas privadas como a las públicas. Sin embargo, quizá sea necesario mantener el sistema de quórumos supramayoritarios tratándose, por ejemplo, de áreas sumamente sensibles para la comunidad, como la regulación de las materias vinculadas a la libertad de enseñanza. Similar cosa ocurre respecto de los quórumos de reforma constitucional, los que hoy ascienden en materias igualmente sensibles a los dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio. Ello permite dotar a la constitución de estabilidad y permanencia en el tiempo e incentiva a los distintos actores políticos a consensuar todo tipo de reformas.

En resumen: es necesario estar abiertos a la discusión acerca de la pertinencia de los quórumos supramayoritarios. Sin embargo, eso

no equivale a reconocer que los mismos *per se* sean antidemocráticos y, por tanto, deban necesariamente eliminarse de la constitución.

ii. El control preventivo de constitucionalidad: Rol del Tribunal Constitucional

El programa de gobierno, haciéndose eco de una cuestión planteada por diversos autores, plantea la eliminación del control preventivo de constitucionalidad. El control preventivo de constitucionalidad puede ser de dos clases: forzoso o facultativo. El mecanismo de control es forzoso tratándose de leyes interpretativas de la Constitución, leyes orgánicas constitucionales y tratados internacionales cuya materia sea también de naturaleza orgánica constitucional (artículo 93 N° 1). En aquellos casos, el proyecto de ley aprobado requerirá ser revisado en su constitucionalidad por el Tribunal antes de su promulgación. El control preventivo puede ser también facultativo en la medida que el Tribunal Constitucional está también autorizado para resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley, de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso (artículo 93 N° 3). Ello, obviamente, antes de la promulgación y publicación del proyecto de ley en el Diario Oficial.



Salón de Honor, Congreso Nacional de Chile



Tratándose del control preventivo facultativo, quienes pueden activar el mecanismo de revisión son el Presidente de la República, cualquiera de las cámaras o bien una cuarta parte de las mismas. Ello en conformidad al artículo 93 inciso cuarto. El control preventivo, en la mayoría de los casos, es un vehículo para que las minorías políticas puedan solicitar la revisión constitucional de proyectos de ley en trámite o aprobados en el Congreso. En ese sentido, el control preventivo de constitucionalidad representaría para algunos un instrumento contramayoritario inaceptable dentro de un sistema democrático. Ello en la medida que se permite a un grupo de jueces constitucionales actuar como una suerte de senador revisor de la actuación de las mayorías políticas presentes en el Congreso Nacional.¹⁰

Nuevamente, el criterio para analizar la cuestión no puede partir de ninguna clase de prisma dogmático. Existen constituciones que contienen modelos de control preventivo de la constitucionalidad (como la francesa) y otros que no (la constitución norteamericana). Aún más; existen modelos que no contemplan ningún tipo de revisión judicial de la legislación (Australia). Por tanto, no existe una única solución normativa que sirva de estándar respecto de la articulación de los modelos de revisión constitucional. Su implementación dependerá del contexto histórico, cultural y social donde ellos deban ser aplicados.

Respecto al control de preventivo de constitucionalidad en Chile, éste ha generado en ciertos sectores políticos un fenómeno similar al descrito por Mark Tushnet en Estados Unidos. Tushnet indica que la posibilidad de que la constitucionalidad de las leyes sea revisada a posteriori por cortes constitucionales debilita el debate constitucional al interior del Congreso.¹¹ En efecto, los partidos tradicionalmente se abstienen de debatir la constitucionalidad de los proyectos de ley en la legislatura en la medida que ellos entienden que ese es un papel que debe ser asumido de forma exclusiva por la Corte. Esto termina por judicializar de forma completa la discusión constitucional, especialmente respecto de materias altamente controvertidas.

Este mismo fenómeno se ha dado en el Congreso chileno. En efecto, los parlamentarios no suelen discutir en profundidad la constitucionalidad de las iniciativas legales. De hecho, en muchos casos la discusión acerca de la constitucionalidad de la iniciativa simplemente se limita a dejar constancia de una cuestión de constitucionalidad respecto de un determinado proyecto. Esto es un problema grave, en la medida que aleja la discusión constitucional del Congreso, judicializándola por completo. Asimismo, la judicialización excesiva de cuestiones constitucionales evita que los parlamentarios desarrollen una suerte de "olfato" que les permitan identificar inconstitucionalidades

durante la tramitación de los proyectos de ley. Así, bajo el régimen de la Constitución de 1925, que carecía de un Tribunal Constitucional, diputados y senadores desarrollaron distintos mecanismos de interpretación constitucional, aun cuando ellos adolecieron de ciertos defectos de coordinación.¹²

También la excesiva judicialización de disputas en torno a los derechos fundamentales y la legislación no es siempre conveniente. Ello porque muchos de los conflictos vinculados a la discusión acerca de derechos fundamentales refieren discusiones de fondo que, en buena parte, exceden la discusión puramente legalista o constitucional. En efecto, muchas de aquellas temáticas dicen relación con desacuerdos relativos a disputas en torno a opciones de política pública cuya resolución no se encuentra necesariamente en el texto de la Constitución.¹³ En ese contexto, resulta conveniente mantener la discusión de estos temas dentro del foro legislativo. Ello en la medida que no existe una única solución constitucionalmente válida para las mismas.¹⁴

Por último, cuando un grupo político utiliza la jurisdicción constitucional para resolver distintos tipos de cuestiones durante la tramitación de proyectos de ley, genera incentivos para que las cuestiones sustantivas de la discusión no sean resueltas en el debate legislativo,

sino en el Tribunal Constitucional. Esto genera una cultura política altamente pragmática y poco comprometida con los principios políticos de cada sector. Estos argumentos obligan a evaluar la necesidad de abrirse a la discusión en torno a la pervivencia del control preventivo de constitucionalidad en la Constitución, tanto del facultativo como del obligatorio. Ello especialmente si consideramos que los estándares de revisión a aplicar por el Tribunal Constitucional muchas veces son principios que *per se* no son capaces de generar una única respuesta a un conflicto jurídico-constitucional.

Sin embargo, también es necesario considerar que la actual carta fundamental establece reglas específicas para el proceso legislativo que deben ser respetadas. Dichas reglas son mandatos dotados de suficiente determinación para ser aplicados de forma más o menos directa por el Tribunal Constitucional. Por ejemplo, el artículo 65 de la Constitución establece que ciertas materias de ley son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Ese estándar no es abierto, sino preciso y, por tanto, los jueces pueden aplicarlo directamente. Respecto de esa clase de normas, pareciera conveniente que se mantenga algún tipo de control de constitucionalidad preventivo que mantenga la disciplina interna del proceso legislativo.

En conclusión: el control

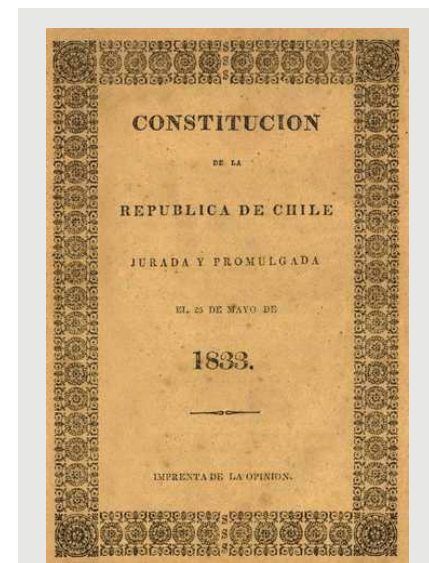
de constitucionalidad preventivo establecido en la actual constitución no es *per se* ilegítimo. Siendo partidario de una revisión del mismo, es necesario mantener algún tipo de control respecto del cumplimiento de las reglas constitucionales que configuran el proceso legislativo.

3. Derechos fundamentales específicos

i. Libertad religiosa ¿Qué significa la creación de un estado “laico y pluralista”?

El programa de gobierno de la Presidenta de la República habla de la necesidad de generar una constitución “laica y pluralista”¹⁵, que garantice la libertad de conciencia y la igualdad ante la ley de todos los cultos. Sin embargo, esto ya se encuentra reconocido expresamente por el artículo 19 N° 6 de la actual Constitución. Lo único nuevo ofrecido por el programa dice relación con el establecimiento de una “constitución laica y pluralista”¹⁶ y un “estado laico”¹⁷, en el cual exista una separación entre “el Estado y las iglesias”¹⁸.

Hoy existe una separación formal entre el Estado y las diversas iglesias. En Chile el Estado se encuentra separado de la Iglesia a partir de 1925. Eso nunca ha estado en duda. Lo que sí es particular al caso chileno es que existe un régimen de separación que no desconoce la posibilidad de



Constitución Política de Chile, año 1833

que el Estado colabore –sin efectuar discriminaciones arbitrarias– con las diversas iglesias en las actividades de bien público que ellas desarrollan. Es más, el Estado reconoce lo religioso como un ámbito de la vida de las personas y comunidades que es positivo en la medida que éste no signifique un atentado contra “la moral, las buenas costumbres y el orden público” (artículo 19 N° 6 inciso primero de la Constitución).

Pareciera que el programa lo que busca es mover ese entendimiento de Estado laico hacia un esquema *laicista*, en el cual la separación implica ausencia de colaboración. En ese modelo, la religión es ignorada por el Estado; de hecho, el programa busca promover la supresión al interior del estado de toda “referencia a juramentos, libros o símbolos de índole religiosa”.¹⁹ Ese entendimiento de la separación iglesia-Estado es completamente nuevo para la práctica constitucional chilena, que siempre buscó proteger la expresión de las creencias religiosas de las personas. Dicho cambio presenta serios problemas en la medida que privará a muchos de la libertad que actualmente gozan para manifestar sus creencias, especialmente si son funcionarios públicos.

Esto incluso es inconsistente con recientes tendencias constitucionales comparadas. Por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos, durante el *term*

2013-2014, resolvió el caso *Town of Greece v. Galloway*, en el cual afirmó la consistencia entre el principio de separación iglesia-estado y la práctica de invocaciones de tipo religioso al comienzo de las sesiones de los concejos municipales. Dicha práctica, de acuerdo al criterio de la Corte, no se opondría al principio de separación entre iglesia y estado.

ii. Inclusión de derechos “reproductivos”. Aborto.

El programa de reformas constitucionales contenido en el programa de gobierno de la Presidenta de la República reconoce la necesidad de incluir en una nueva constitución los derechos a “a la identidad sexual, la orientación sexual y los derechos sexuales y reproductivos de las personas”.²⁰ Si bien los mismos no son especificados por el programa, existe una presunción seria que dentro de ese conjunto se encontraría, al menos, el reconocimiento del aborto como derecho constitucional en ciertos casos específicos.

Este punto motiva una última reflexión adicional. La constitucionalización del aborto, incluso limitado a ciertos casos particulares, presentaría un conflicto en la medida que la práctica misma representa una infracción a la ética fundamental de los derechos humanos. Dicha ética indica que todos los bienes humanos básicos, entre ellos la vida, son dignos

de respeto. Y dicho respeto se impone respecto de todos, sin discriminar en razón de raza, nacionalidad, sexo, credo o estadio de desarrollo físico. Es ese respeto el que impone una obligación negativa al Estado y a los particulares: no es posible intencionadamente realizar un acto cuyo objeto directo sea atacar alguno de esos bienes.²¹ En ese contexto, la práctica del aborto será siempre reprochable en la medida que representa una instancia de ataque directo e intencionado a un bien humano básico como lo es la vida.²² Así también lo ha entendido el Tribunal Constitucional chileno en el denominado caso “Píldora del Día Después” (Rol N° 740).

Es necesario agregar que un potencial debate constituyente en torno al aborto no debe considerarse vinculado por ninguna obligación internacional que imponga al estado la necesidad de constitucionalizar un supuesto derecho al aborto. En ese sentido, no pesa sobre nuestro país ninguna obligación internacional de consagrar el aborto como derecho fundamental. Ello porque simplemente no existe tratado de derechos humanos vigente y ratificado por Chile que reconozca de forma expresa dicho derecho.²³

Se ha planteado que el aborto debe ser constitucionalizado en aquellos casos en que la existencia del hijo hace peligrar la vida de la madre. Esto supone asumir que las

intervenciones médicas destinadas a salvar la vida de la madre, pero que impliquen como consecuencia no deseada la muerte del embrión o el feto representan una instancia de aborto, del denominado aborto "terapéutico". Sin embargo, ello es equivocado. Tratándose de tratamientos médicos que buscan como propósito directo procurar el restablecimiento de la salud de la madre embarazada aun cuando se derive de dicho tratamiento, como efecto indirecto y no deseado, la muerte del feto, ello no representa un aborto. Conceptualmente, los actos humanos se definen por su objeto e intencionalidad y no por sus consecuencias. Un aborto es un acto que objetivamente persigue como propósito directo agredir la vida del no nacido. Los tratamientos médicos que buscan salvar la vida de la madre pero que indirectamente producen la muerte del embrión o feto no son abortos, aun cuando las consecuencias puedan ser similares a aquellas del aborto (Finnis 2011b, pp. 307-309).

La legislación chilena acepta esta distinción. Por ejemplo, tratándose de la prohibición legal del aborto, el artículo 119 del Código Sanitario indica que "no podrá ejecutarse ninguna acción directa destinada a provocar el aborto." El legislador utiliza la expresión *directa* para hacer notar que lo prohibido es la práctica de abortos (actos directos destinados a provocar la muerte del embrión o feto) y no la aplicación de tratamientos médicos destinados a salvar la vida de la madre. Por otro

lado, el artículo 342 del Código Penal sanciona a aquel que "maliciosamente cometiera un aborto". El término "maliciosamente" dice relación en Derecho Penal con la intencionalidad del sujeto. Una vez más, lo penalizado no es la aplicación de tratamientos médicos a la madre que indirectamente causen un aborto, sino aquellos actos en los que el sujeto directamente lo ocasiona, o sea, los casos de aborto propiamente tal.²⁴ De hecho, no existen sentencias de tribunales de justicia que condenen penalmente a facultativos que, buscando directamente salvar la vida de la madre, causen como efecto no deseado la muerte del *nasciturus*.

En ese contexto, la necesidad de constitucionalizar el erróneamente denominado "aborto terapéutico" resulta, al menos, difícil de comprender. En efecto, todo estado constitucional debe reconocer como límite de sus potestades los denominados *absolutos morales*. En este sentido, existen ciertos actos que *per se* son injustos, independiente de su contexto o consecuencias. Dichos absolutos representan normas imperativas a las que el estado debe sujetarse de forma incondicionada.²⁵ Por tanto, ningún interés colectivo o particular -como la seguridad nacional o la autonomía personal, por ejemplo- pueden ser invocados por el estado para infringir estas prohibiciones básicas o bien someterlas a juicios de carácter consecuencialista. En ese sentido, ni siquiera el poder constituyente



Manifestación a favor de Asamblea Constituyente

originario tiene facultades para ir más allá del límite que esos absolutos imponen.

Conclusión

Durante años, la gran crítica dirigida contra la constitución plebiscitada en 1980 fue que se generó durante una dictadura militar que no permitió una discusión amplia respecto de la misma. En ese sentido, el principal problema de la Constitución fue su origen ilegítimo. Sin embargo, dicho *pecado original* parece haberse purgado mediante las reformas de 1989 y 2005, las que permitieron lograr, en palabras del Presidente Ricardo Lagos “una Constitución democrática, acorde con el espíritu de Chile” (Presidente Lagos firmó nueva constitución política 2005).

Desde la crítica de la ilegitimidad de origen, muchos se han movido a la crítica fundada en el carácter sustantivamente *antidemocrático* de la Constitución votada por el Congreso Nacional en 2005. En efecto, se plantea que la misma establece trabas a la expresión de la voluntad soberana mediante el establecimiento de mecanismos contramayoritarios, como los quórum y la revisión constitucional preventiva.

Ese último análisis, sin embargo, es generoso con la Constitución votada en 2005. Es que no sólo los quórum supramayoritarios o la

revisión constitucional preventiva son instrumentos contramayoritarios. Es que la Constitución misma es una norma de tipo contramayoritaria en la medida que representa un límite al poder – incluso al poder democráticamente elegido – para generar las condiciones que permitan a los ciudadanos vivir dentro de un Estado de Derecho.

Desde esa perspectiva, toda constitución es más o menos contramayoritaria. Ignorar ese dato puede dar lugar a una serie de debates constitucionales estériles, en los cuales la discusión va a estar fundada en el mero intercambio de eslóganes. Por el contrario, un debate constitucional serio debe ir más allá de los eslóganes, evitar caer en los dogmatismos infundados, y estar nutrido por la propia realidad y experiencia de nuestra comunidad política. Ese es el gran desafío que tendrán que asumir los actores políticos de nuestro país en los próximos años.

- ¹ Cea, José Luis: *Tratado de Derecho Constitucional Chileno*. Tomo III. Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2013, p. 46
- ² Loo, Martín: *La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Nº 33, pp. 391-426
- ³ Heun, Werner: *The Constitution of Germany: a contextual analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2011, pp. 44-45
- ⁴ Nogueira-Alcalá, Humberto: *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano*. Estudios Constitucionales, Año 7 Nº 2, Nogueira 2009, p. 144
- ⁵ King, Jeff: *Judging social rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 39- 41
- ⁶ Forsthoff, Ernst. En: Abendroth, Wolfgang; Forsthoff, Ernst; y Doehring, Karl (autores): *El estado social*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1986, pp. 86-87
- ⁷ Landau, David: *The reality of social rights enforcement*. Harvard International Law Journal, Vol. 53, Nº 1, 2012, pp. 28- 33
- ⁸ Finnis, John: *Natural law and natural rights*. Segunda Edición. Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 235- 236
- ⁹ Heun, Werner: *The Constitution of Germany: a contextual analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2011, pp. 47
- ¹⁰ Atria, Fernando: *El Tribunal Constitucional y la objeción democrática*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 20 Nº1, 1993, pp. 367-378
- ¹¹ Tushnet, Mark: *Policy distortion and democratic debilitation: comparative illumination of the countermajoritarian difficulty*. Michigan Law Review, Vol. 94 Nº 2, 1995, pp. 274-275
- ¹² Silva Bascuñán, Alejandro: *El Tribunal Constitucional* En: Frei, Eduardo; Molina, Sergio; Evans, Enrique; Lagos, Gustavo; Silva Bascuñán, Alejandro; y Cumplido, Francisco (autores): *La reforma constitucional de 1970*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 199
- ¹³ Waldron, Jeremy: *The core of the case against judicial review*. The Yale Law Journal, Vol. 115, 2006, p.1.367
- ¹⁴ *Ibidem*.
- ¹⁵ Programa de gobierno 2014-2018. Michelle Bachelet 2013, p. 31
- ¹⁶ *Ibidem*
- ¹⁷ *Ibidem*, p. 34
- ¹⁸ *Ibidem*, p. 34
- ¹⁹ *Ibidem*, p. 34
- ²⁰ *Ibidem*, p. 32
- ²¹ Gómez-Lobo, Alfonso: *Morality and the human goods: an introduction to natural law ethics*. Washington DC: Georgetown University Press, 2001, pp. 168
- ²² *Ibidem*, p. 82-96

²³ Zampas, Christina y Gher, Jaime: *Abortion as human right-international and regional standards*. Human Rights Law Review, Vol. 8 N° 2, 2008, pp. 250

²⁴ Ossandón, Magdalena : *La intención de dar muerte al feto y su relevancia para la imputación objetiva y subjetiva en el delito de aborto*. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Año 18 N° 2, 2011, pp. 103-136

²⁵ Finnis, John: *Aquinas*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 385