

MIRADA PÚBLICA

REFORMA CONSTITUCIONAL

I. Modelo madisoniano y modelo continental:

Dos visiones sobre la
reforma constitucional

II. Análisis de las propuestas de Reforma Constitucional

Gonzalo Candia Falcón

Investigador Asociado Instituto Res Publica



INSTITUTO
RESPUBLICA

I. MODELO MADISONIANO Y MODELO CONTINENTAL:

DOS VISIONES SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

3 CLAVES

1. Se distinguen dos visiones acerca de la noción de Constitución. Una corresponde a la *Madisoniana* o Republicana, que entiende la Constitución como un mecanismo de control y límite al poder político. La otra visión es la Continental, para la cual la Constitución representa un límite al poder político sólo en lo procedimental, en la medida que el poder normativo de la voluntad soberana es absoluto.
2. Desde esa perspectiva, la visión Republicana, más próxima al modelo chileno, enfatiza el elemento contramayoritario de la Constitución, acento que es menos marcado en el modelo Continental.
3. En una visión *Madisoniana* el camino lógico para reformar es la evolución constitucional a partir de las instituciones existentes. Por su parte, la visión Continental es más proclive al camino de la Asamblea Constituyente, mecanismo que merece serios reparos.

1. Introducción

Es un hecho de público conocimiento que buena parte del debate público del último tiempo ha estado centrado en la discusión en torno a la necesidad de (a) introducir reformas a la Constitución o bien de (b) cambiar la Carta Fundamental. De hecho, el programa de la Presidenta Michelle Bachelet lo incluyó como uno de sus ejes programáticos en la pasada elección presidencial. Prueba de ello es el capítulo que su programa dedica a una futura y posible reforma constitucional.¹

El debate en torno a la temática constitucional mencionada permite apreciar diferencias no sólo respecto a la calificación del mérito de ciertas normas constitucionales específicas (como aquella que permite al Tribunal Constitucional controlar la constitucionalidad de proyectos de ley durante

su tramitación), sino que también permite identificar las distintas visiones existentes en el espectro político acerca de lo que una constitución es y representa. Solamente entendiendo eso es posible comprender adecuadamente las diferencias en torno a los distintos proyectos constitucionales que se plantean al país.

En este contexto, este Mirada Pública tiene como objetivos: (a) identificar las visiones constitucionales que operan como el subtexto del actual debate constitucional en Chile, (b) analizar cuál es el mecanismo más apto para una potencial reforma constitucional y (c) revisar el mérito constitucional de ciertas propuestas del programa presidencial en torno a la reforma constitucional.

En ese sentido, este Mirada Pública –en primer lugar– distinguirá dos visiones en torno a la naturaleza de una

constitución. Básicamente, es posible identificar dos grandes visiones en torno al constitucionalismo en el Chile de hoy. Una primera visión la llamaremos madisoniana o republicana en la medida que se identifica con el ideal contramayoritario planteado por James Madison. En efecto, dentro de dicho paradigma, la constitución es una norma jurídica que busca establecer límites al poder político, en especial al poder legislativo. Por el contrario, una segunda visión, que llamaremos continental, entiende que el principal propósito de la constitución es establecer los canales procedimentales dentro de los cuales se expresará la voluntad soberana del pueblo, cuyo poder normativo es absoluto y total.

Son esas las dos grandes visiones constitucionales que sirven de subtexto para la discusión constitucional hoy en Chile. Su comprensión permite entender, entonces, la posición de muchos actores en torno a cuestiones constitucionales críticas como la pertinencia de convocar una asamblea constituyente, la promoción del Estado social y democrático de derecho como alternativa al clásico modelo de *rule of law*, o simplemente las atribuciones propias del Tribunal Constitucional.

Tras concluir ese análisis, analizaremos los potenciales mecanismos que podrían utilizarse para una futura reforma constitucional. En ese sentido, indicaremos que, básicamente, ellos son dos. El primero está representado por la vía institucional, esto es, por el procedimiento establecido por la propia Constitución. El segundo, está representado por la asamblea constituyente, modelo que no está contemplado dentro del

actual texto constitucional. El análisis concluirá que la mejor vía para una potencial reforma es la institucional, en la medida que la misma promueve estabilidad y acuerdos políticos dotados de suficiente proyección.

Finalmente, abordaremos algunas de las propuestas exhibidas por el programa de la Presidenta Bachelet: (a) la consagración del estado social y democrático de derecho junto a la judicialización de los derechos sociales, (b) la eliminación de instrumentos normativos contramayoritarios; y (c) cuestiones vinculadas al derecho a la vida y a la libertad religiosa.

1. LOS MODELOS CONSTITUCIONALES

MADISONIANO Y CONTINENTAL:

DOS VISIONES

Las visiones constitucionales modernas son herederas de las grandes revoluciones que acontecieron durante el siglo XVIII. Mientras el modelo constitucional forjado en la revolución norteamericana buscó establecer una constitución que perseguía no sólo encausar la expresión del poder soberano por medio de instituciones, sino limitar el ejercicio de dicho poder por medio de distintos factores, el modelo constitucional heredero de la revolución francesa buscó potenciar al máximo la expresión de la voluntad soberana por medio del establecimiento de un Estado fuerte e intervencionista.² La figura intelectual detrás del primer modelo es James Madison, verdadero padre de la constitución norteamericana. Detrás de la visión constitucionalista de cuño francés y revolucionario se encuentran Rousseau y Sieyès. Su representante contemporáneo más destacado es Carl Schmitt.

LAS VISIONES CONSTITUCIONALES
MODERNAS SON HEREDERAS DE
LAS GRANDES REVOLUCIONES
QUE ACONTECIERON DURANTE
EL SIGLO XVIII.

1.1. EL CONSTITUCIONALISMO MADISONIANO

El constitucionalismo *madisoniano*, que también podemos llamar republicano, está fundado sobre una profunda desconfianza respecto de la disciplina institucional de la voluntad popular. En efecto, Madison argumenta que el riesgo real para la institucionalidad de la nueva república no está en una posible tiranía impuesta desde el poder ejecutivo sino en una establecida desde el legislativo.³ En efecto, Madison observa que, dentro de una democracia representativa, “es contra la ambición emprendedora de [el órgano legislativo] contra la que el pueblo debe sentir sospechas y agotar todas sus precauciones.” Ello por cuanto “la potestad legislativa es ejercida por una asamblea a la que la influencia que piensa que tiene sobre el pueblo le inspira una confianza intrépida en su propia fuerza”⁴ Además, Madison concluye, los poderes constitucionales del legislativo “son a la vez más extensos y menos susceptibles de determinarse con precisión”⁵, lo que podría favorecer la expansión de las atribuciones legislativas en detrimento de las potestades de los otros poderes del Estado.

El constitucionalismo madisoniano o republicano busca establecer límites tanto sustantivos como procedimentales a la expresión institucional de la voluntad popular

que es la ley. En efecto, la constitucional norteamericana en su versión original: (a) estableció un congreso bicameral, que dividió el Congreso en dos cámaras de forma tal que ninguna pudiese concentrar la plenitud de la autoridad legislativa; (b) diferenció los procesos de elección e integración de las cámaras, de modo que una cámara fuese más política y otra más reflexiva; (c) entregó al Presidente facultades de veto; (d) prohibió la promulgación de cierto tipo de leyes, como aquellas que produjeran efectos retroactivos; (e) entregó a la Corte Suprema facultades para controlar los actos del legislativo, y (f) impuso quórums y procedimientos especiales de reforma constitucional, que limitaban la capacidad del Congreso para efectuar cambios constitucionales drásticos e imprevistos.

La visión misma de Madison respecto de las asambleas constituyentes es de profunda desconfianza. Madison reconocía que, si bien el origen de la autoridad constitucional era el mismo pueblo, no era recomendable invocar dicha autoridad de forma frecuente en la medida que ella podría afectar la estabilidad del sistema institucional del país debido a la excitación de las pasiones políticas que podrían afectar un debate reflexivo en torno a las disputas constitucionales.⁶ De hecho, Madison analizó los casos donde asambleas constituyentes eran convocadas para resolver cuestiones institucionales críticas en su tiempo y concluyó que en ellas siempre existió una aproximación binaria respecto de los problemas, en los que el espacio para un debate moderado y las posibilidades de llegar a conclusiones consensuadas eran muy menores debido a que en esos debates era “la pasión y no la razón la que inspir[aba] sus decisiones.”⁷

*EL CONSTITUCIONALISMO
MADISONIANO O REPUBLICANO
BUSCA ESTABLECER LÍMITES
TANTO SUSTANTIVOS COMO
PROCEDIMENTALES A LA EXPRESIÓN
INSTITUCIONAL DE LA VOLUNTAD
POPULAR QUE ES LA LEY.*

Es por ello que, bajo un modelo madisoniano, los conflictos político-constitucionales generados por la invasión de un poder del Estado en las atribuciones de otro debe resolverse de forma preferente a través de la propia institucionalidad y evitando hacer invocaciones al pueblo soberano en la medida que ello fuese posible.

1.2. EL CONSTITUCIONALISMO CONTINENTAL

Así como el modelo constitucional madisoniano surgió a la luz de la revolución norteamericana y es heredero de los desarrollos institucionales heredados de Gran Bretaña, el modelo constitucional de cuño continental es un producto intelectual heredado de la revolución francesa y cuyos principales autores son Jean-Jacques Rousseau y Joseph Sieyes. Dicho modelo fue posteriormente profundizado por Carl Schmitt durante el siglo XX.

Esta concepción continental, heredera intelectual de la revolución francesa, está fundada en la conocida distinción entre poder constituyente y poder constituido. El poder constituyente puede ser conceptualizado

como la facultad que tiene la comunidad política para dotarse de esquemas constitucionales enteramente nuevos. Ello en la medida que esa comunidad política denominada nación “es anterior a todo, es el origen de todo” y constituye “el Derecho mismo”⁸. Es por eso que la voluntad de esa nación, en palabras de Carl Schmitt, existe y es anterior a todo tipo de procedimiento constitucional. En ese sentido, “ninguna ley constitucional ni constitución puede conferir el poder de dictar una nueva constitución y prescribir la forma en la que aquel es ejercido.”⁹ El poder constituyente actúa como una suerte de divinidad que goza de la más completa discrecionalidad para configurar la identidad del nuevo modelo constitucional. Es por eso que el órgano que ejerce ese poder constituyente –dentro de esta lógica– actúa como una “dictadura comisarial” o “dictadura soberana”. Dicha dictadura “no está (...) limitada en su contenido”¹⁰

En cuanto institucionalidad, esta visión constitucional es partidaria de restringir al máximo cualquier tipo de definición sustantiva que restrinja la actuación del poder legislativo, en el cual se expresa preferentemente la

*EL MODELO CONSTITUCIONAL
DE CUÑO CONTINENTAL ES
UN PRODUCTO INTELECTUAL
HEREDADO DE LA REVOLUCIÓN
FRANCESA Y CUYOS PRINCIPALES
AUTORES SON JEAN-JACQUES
ROUSSEAU Y JOSEPH SIEYES.*

*ESTA CONCEPCIÓN CONTINENTAL,
HEREDERA INTELLECTUAL DE LA
REVOLUCIÓN FRANCESA, ESTÁ
FUNDADA EN LA CONOCIDA
DISTINCIÓN ENTRE PODER
CONSTITUYENTE Y PODER
CONSTITUIDO.*

voluntad soberana. Es por ello que repudia todo tipo de control jurídico-político sobre las decisiones del legislativo en la medida que esas restricciones constituyen una restricción contramayoritaria antidemocrática. Esta fue la razón fundamental por la cual todas las constituciones originadas en la Francia revolucionaria apuntaron a reconocer de forma absoluta la primacía del poder legislativo. En ese sentido, dichos modelos constitucionales buscaron “[privar] casi totalmente de verdaderos y auténticos contrapesos (...) en el plano legal y constitucional [al poder legislativo]”.¹¹ Ello con el objeto que la voluntad general “[no] pudiese ser traicionada, o simplemente enturbiada y confundida, por aquellos jueces y administradores, que tenían la obligación de aplicarla y ejecutarla”¹²

En plena sintonía con lo anterior, el constitucionalismo continental heredero de la revolución francesa es sumamente crítico del establecimiento de quórum supramayoritarios en las constituciones para la aprobación de ciertas leyes en la medida que esos quórum dificultan la expresión radical de la voluntad popular. Para esta

concepción, ni siquiera la modificación constitucional debiese estar sujeta a quórum especiales. Sin embargo, aun cuando ese quórum supramayoritario existiese, ello no sería óbice para cambiar la constitución a través de procedimientos informales, dado que el poder constituyente se encontraría por sobre todo tipo de normativa constitucional previa.

Lo anterior permite entender una pregunta que recientemente formuló el profesor Louis Michael Seidman a sus colegas norteamericanos: ¿Por qué orientar nuestras discusiones políticas a través de los canales establecidos por la constitución? ¿Por qué, “si estamos convencidos (...) que el curso de una determinada acción es el correcto (...) debemos adoptar otro sólo debido a que un conjunto de palabras escritas en un papel (...) nos restringe?”.¹³ Seidman responde esta pregunta retórica reafirmando que la voluntad popular tiene plena autoridad para ignorar los mandatos constitucionales en la medida que ello fuese necesario. Esa visión responde necesariamente al modelo constitucional continental.

En conclusión: aquello que caracteriza el núcleo de la posición constitucional revolucionaria es su hipervalorización de la voluntad soberana, sea expresada por medio de un órgano legislativo o constituyente. En ese sentido, la constitución sólo buscaría regular los procedimientos a través de los cuales se expresa esa voluntad.

1.3. EL MODELO CONSTITUCIONAL CHILENO: ¿MADISONIANO O CONTINENTAL?

La Constitución chilena representa una instancia de las denominadas constituciones “autoritarias transformadoras”.¹⁴ En ese sentido, se trata de una constitución redactada durante un gobierno autoritario que (a) estableció mecanismos electorales para el retorno a la democracia e (b) instituyó una serie de instituciones y objetivos destinados a “constreñir el futuro régimen democrático”.¹⁵ Este tipo de constituciones, en la práctica, “busca transferir poder a los dirigentes democráticos, pero sometidos a ciertas limitaciones.”¹⁶ A pesar de aquello, las constituciones autoritarias transformadoras estarían dotadas de una suerte de vocación de permanencia en la medida que ellas recogen instituciones propias de todo sistema democrático, tales como el principio de separación de poderes, la responsabilidad política de las autoridades, la independencia del poder judicial, etc.¹⁷ En ese sentido, las constituciones autoritarias transformadoras se encontrarían más cerca de modelos constitucionales democráticos que puramente autoritarios o totalitarios.¹⁸

Ahora bien, propio de toda constitución autoritaria transformadora es el establecer ciertos mecanismos contramayoritarios que, aplicados durante la implementación de la transición democrática, permitan mantener ciertos equilibrios políticos que impidan cambios radicales dentro de la estructura diseñada para la transición política. En ese contexto puede entenderse la incorporación en el modelo original de la constitución de 1980 de senadores

institucionales, de un Consejo de Seguridad Nacional con amplias atribuciones y de un Tribunal Constitucional con potestades para revisar la constitucionalidad de proyectos de ley en trámite o aprobados. Además, se protegieron ciertas áreas legislativas sensibles a través del establecimiento de quórum supramayoritarios para la aprobación de ciertos tipos de leyes. En ese sentido, las constituciones autoritarias transformadoras contienen elementos propios del modelo madisoniano.

Ahora bien, también es propio de las constituciones autoritarias transformadoras el evolucionar para poder mantenerse en el tiempo. En ese sentido la constitución chilena implementada en 1980 ha variado sustantivamente a lo largo de los años. De hecho, ha sufrido dos cambios profundos acaecidos en 1989 y 2005. En general, dichas reformas apuntaron a eliminar ciertas instituciones contramayoritarias respecto de las cuales existía un consenso político acerca de su ineficacia dada la evolución política del país. Así, por ejemplo, por medio de la reforma constitucional de 2005 desaparecieron los senadores institucionales y vitalicios y se redujeron drásticamente las atribuciones del Consejo de Seguridad Nacional. Todo ello se hizo sin necesidad de generar un nuevo proceso constituyente, sino acudiendo a los procedimientos institucionales que la misma constitución preveía.

Hoy, en sus rasgos generales, la Constitución chilena tiene mucho más de común con un modelo madisoniano de constitucionalismo que con uno continental. En efecto, la Constitución contiene mecanismos contramayoritarios

HOY, EN SUS RASGOS GENERALES,
LA CONSTITUCIÓN CHILENA TIENE
MUCHO MÁS DE COMÚN CON
UN MODELO MADISONIANO DE
CONSTITUCIONALISMO QUE CON
UNO CONTINENTAL.

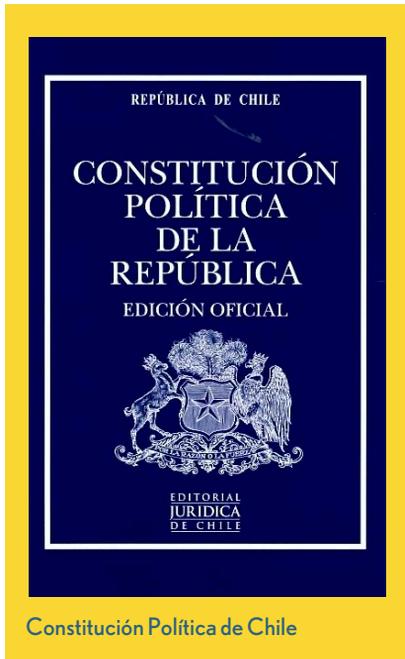
que buscan imponer una cierta disciplina institucional a la expresión de la voluntad popular, tales como la existencia de: (a) un Tribunal Constitucional con facultades de revisión *a priori* y *a posteriori* y (b) la existencia de ciertos quórums supramayoritarios en áreas políticamente sensibles, tales como educación u orden público económico. Han sido precisamente estas instituciones las que han estado en el centro de la discusión constitucional de los últimos tres años. Ello en la medida que ambas estarían inspiradas en “una desconfianza a la soberanía popular”¹⁹, lo que “no es propio de un sistema democrático (...) y contribuye a la deslegitimización del sistema político”²⁰

En ese sentido, las propuestas de reforma constitucional pueden entenderse, desde una perspectiva académica, como un esfuerzo para mover el modelo constitucional chileno desde un esquema mayoritariamente madisoniano hacia uno de carácter más continental. La discusión en torno a los mecanismos, como se verá, está fuertemente influenciada por la visión constitucional que tienen los actores políticos. Así, quienes tengan una visión madisoniana buscarán utilizar los canales institucionales para reformar la constitución y hacerla evolucionar,

dado la problemática práctica que plantean las asambleas constituyentes. Por otro lado, quienes defiendan una concepción de tipo continental buscarán promover ese cambio constitucional por medio de una asamblea constituyente. Ello por cuanto, técnicamente, el ejercicio del poder constituyente no podría ser invocado por una legislatura.

2. PROCEDIMIENTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL: ¿VÍA INSTITUCIONAL O ASAMBLEA CONSTITUYENTE?

La presente discusión constitucional chilena no sólo está centrada en qué instituciones deben ser objeto de una futura reforma (cuestión que se analizará en un Mirada Pública separado), sino en los medios para llevar adelante una potencial reforma



Constitución Política de Chile

constitucional. Pueden distinguirse dos posiciones: (a) una primera posición que plantea la necesidad de convocar una asamblea constituyente y (b) una segunda, representada por quienes promueven una reforma constitucional en conformidad a la normativa contenida en el capítulo XV de la Constitución.

2.1. ASAMBLEAS CONSTITUYENTES

La Asamblea Constituyente puede definirse como un grupo de representantes elegido por los ciudadanos para redactar una nueva constitución. En ese sentido, se trata de (a) un cuerpo sujeto a votación popular, (b) cuya actuación tiene un objetivo específico y (c) dotado de ciertos poderes. De acuerdo a una concepción constitucional continental, dichos representantes “tienen las facultades que a la nación les plazca darles”.²¹ Ello por cuanto los representantes de la nación reunidos en asamblea constituyente representan el poder constituyente originario, cuyas atribuciones “no están sujetas a ninguna restricción constitucional de tipo formal para decidir”.²² Respecto a cuestiones sustantivas, hay discrepancias. Para algunos, las asambleas constituyentes tienen ciertos límites en lo material²³ y para otros no.²⁴

Algunas experiencias de constitution-making han incorporado el modelo de asamblea constituyente, tales como Namibia (1989), Colombia (1991), Cambodia (1993), Sudáfrica (1994-1996), Venezuela (1999), Bolivia (2006) y Ecuador (2007-2008). De acuerdo a datos ofrecidos por el *Comparative Constitution Projects* de la Universidad de Chicago, de un total de 400 procesos constituyentes ocurridos en la historia hasta

2009, la asamblea constituyente fue utilizada en 143 oportunidades como único actor del proceso de reforma.²⁵

En cuanto a las razones por las cuales promover un proceso de cambio o reforma constitucional a través de asambleas constituyentes se esgrimen diversas razones: (a) evitar posibles conflictos de intereses que ocurren entre los miembros de las legislaturas llamados a reformar la constitución,²⁶ (b) evitar el incremento de atribuciones del poder legislativo²⁷ y (c) dotar de mayor representatividad democrática a las decisiones adoptadas.²⁸

En relación al primer punto, se plantea que uno de los problemas que surgen producto de la reforma constitucional a través de la legislatura es la captura de los parlamentarios por parte de diversos grupos de interés existentes en la sociedad.²⁹ En ese sentido, una asamblea constituyente previene dichos problemas entregando a los ciudadanos la posibilidad de decidir a sus representantes en la asamblea. De acuerdo a esta lógica, los ciudadanos se encuentran en mejor posición para decidir quiénes están y quiénes no están sujetos a dichos conflictos.

Un segundo argumento dice relación con los problemas institucionales que generan las legislaturas actuando como constituyentes.³⁰ Este problema se generaría porque la legislatura buscaría aumentar su poder en desmedro del resto de las instituciones del estado, cuestión que habría sucedido, por ejemplo, en el caso brasileño.³¹ Asimismo, otro problema estaría relacionado con la falta de especialización. La redacción de una nueva constitución o la discusión de una reforma

constitucional distraería a los parlamentarios de sus funciones institucionales.³² Ello aconseja la convocatoria de una asamblea constituyente, libre de intereses institucionales y centrada en la discusión específica de reforma constitucional.

Por último, se argumenta que la asamblea constituyente dota de mayor legitimidad al proceso de *constitution-making*.³³ Ello porque serían los ciudadanos quienes directamente elegirían sus representantes en la asamblea. Esta visión está profundamente vinculada con el modelo constitucional de cuño continental que busca, precisamente, distinguir entre el ejercicio del poder constituyente derivado (legislaturas) y el ejercicio del poder constituyente originario (asamblea constituyente).

2.2 EL MODELO CONSTITUYENTE EVOLUTIVO

El modelo constituyente evolutivo centra el proceso de reforma constitucional en las legislaturas nacionales. En ese sentido, este modelo busca evitar las tensiones propias de toda discusión constituyente por medio de un diálogo entre los diversos actores políticos del país.

El uso de las legislaturas para procesos de reforma constitucional encuentra su primer antecedente contemporáneo en el caso español de 1978. En España, el tránsito entre el régimen franquista de corte autoritario y la nueva democracia operó a través de diversos acuerdos políticos sancionados por la legislatura. En efecto, el proceso constituyente español no incluyó una asamblea constituyente, sino que utilizó a las

mismas cortes o legislaturas para redactar y aprobar la nueva constitución de 1978. Ello respondió a un modelo en el cual la reforma institucional democratizadora pudo ser posible gracias al acuerdo generalizado de las más importantes fuerzas políticas de ese tiempo.³⁴ Este mismo fenómeno ocurrió en la mayoría de las transiciones políticas en Europa del Este a fines de la década de los ochenta. En ese sentido, los casos polaco y húngaro son paradigmáticos. Tanto Polonia como Hungría desarrollaron la transición política desde un régimen comunista a uno democrático utilizando o reformando las constituciones totalitarias del pasado.³⁵

Utilizando toda esa experiencia, se ofrecen ciertos argumentos para utilizar la legislatura como foro para el cambio constitucional. Dichos argumentos son: (a) el uso de las legislaturas refuerza el sentido de legitimidad del cambio constitucional y (b) la discusión en el foro parlamentario crea los incentivos para generar consensos que dotan de permanencia a los resultados de la negociación.

En relación al primer argumento, se señala que el uso de la legislatura refuerza el carácter institucional del cambio.³⁶ En efecto, por medio del uso de la institucionalidad existente se busca ofrecer un argumento de legalidad que permita generar mayores grados de legitimidad a los cambios constitucionales que se implementen. Ello sería particularmente sensible para culturas jurídicas extremadamente sensibles a la legalidad, tales como España.

Sin embargo, el argumento central que se ofrece para justificar el uso de legislaturas



Reforma Constitucional de 2005 durante el gobierno de Ricardo Lagos

en procesos constituyentes es la necesidad de generar un consenso político adecuado que dote de estabilidad al cambio.³⁷ En ese sentido, el acuerdo de los actores políticos sería el factor esencial de permanencia de la reforma en el tiempo.

Por último, quienes son partidarios de un modelo de evolución constitucional sienten una profunda afinidad por las aprehensiones que James Madison tenía respecto de las asambleas constituyentes. El centro de esas aprehensiones era, precisamente, la falta de

disciplina institucional dentro de las mismas asambleas y la aproximación binaria que ellas tenían respecto de los temas a discutir, que hacían más difícil el surgimiento de consensos políticos.³⁸

2.3. UN MODELO PARA CHILE

En cuanto su texto, la Constitución chilena establece de forma clara que todo proceso de reforma constitucional debe efectuarse en conformidad a lo dispuesto en el capítulo XV de la misma. Esto, en la práctica, significa que toda reforma constitucional vía asamblea constituyente es, en principio, inconstitucional. Ello en la medida que su convocatoria no está prevista en la propia Constitución. En ese sentido, podemos afirmar que el modelo constitucional chileno actual es un modelo que, haciéndose cargo de las aprehensiones madisonianas, entrega al Congreso la potestad para introducir cambios formales y sustantivos a la carta fundamental. De hecho, esto fue lo que el Congreso hizo precisamente el 2005.

Ciertos autores han planteado la tesis de que la Presidenta de la República podría dictar un decreto supremo que permitiera la convocatoria de una asamblea constituyente, el que sería efectivo en la medida que dicho decreto no sería susceptible de revisión por parte del Tribunal Constitucional.³⁹ En ese sentido, se trataría de un decreto que, si bien en principio no se ajustaría a la Constitución, podría producir efectos en la medida que no sería impugnado ante ningún órgano de control. La fuente normativa de este argumento estaría en el artículo 93 N° 5 de la Constitución, el cual establece que la presentación de cualquier requerimiento

al Tribunal Constitucional solicitando la inconstitucionalidad de decretos supremos que convoquen plebiscitos requiere de ser formulado por la mayoría del Senado o de la Cámara de Diputados. Dado el actual contexto político, no existiría ninguna posibilidad de que la minoría política en el Congreso impugne la constitucionalidad del decreto en cuestión, el que tendría que ser finalmente aplicado.⁴⁰

Esta tesis ha sido rechazada por algunos profesores de Derecho Constitucional.⁴¹ Ello en la medida que la interpretación del artículo 93 N° 5 que proponen los partidarios de convocar una asamblea constituyente no sería coherente con lo dispuesto en el artículo 93 N° 16, el cual permite a una minoría calificada de cualquiera de las cámaras (un cuarto de los diputados o senadores en ejercicio) impugnar la constitucionalidad de un decreto dictado por el Presidente de la República cualquiera sea el vicio invocado. En ese contexto, una cuarta parte de los diputados y senadores en ejercicio podría efectivamente solicitar la inconstitucionalidad del decreto supremo que convoque la asamblea constituyente. Esto en la medida que el artículo 15 de la Constitución permite la convocatoria a plebiscitos sólo en los casos que la misma señala, el que no incluye convocatorias de asambleas constituyentes.

La interpretación planteada por los partidarios de la convocatoria a la asamblea constituyente genera severos problemas institucionales. Ello no es sólo debido a los potenciales problemas de interpretación que surgen de un posible conflicto entre los artículos 93 N° 5 y 93 N° 16 de la Constitución. Los problemas tienen que ver con la noción de estado de derecho

mismo. El estado de derecho supone la existencia de una relación de reciprocidad entre gobernantes y gobernados: ambos están llamados a sujetar su actuar al Derecho. En ese sentido, los gobernados se someten al Derecho en la medida que los propios gobernantes lo hacen. Sin esa relación de reciprocidad, no puede existir estado de derecho.

Esa reciprocidad es una de las razones por las cuales el poder político tiene la autoridad suficiente para exigir el cumplimiento de la ley a los ciudadanos.⁴² Si el gobernante quiebra esa relación de reciprocidad, reclamando para sí más ventajas de aquellas que el Derecho le ofrece, pierde autoridad moral para exigir el cumplimiento del Derecho a los ciudadanos. En efecto, la señal que transmite a los ciudadanos la autoridad que infringe el Derecho porque no será controlado es la siguiente: "el cumplimiento del Derecho admite un examen de consecuencias. Como ciudadano, usted no cumpla el Derecho en la medida que el gobernante no se dé cuenta o no tenga los instrumentos cómo controlarlo." De allí la gravedad de la interpretación propuesta por quienes plantean la convocatoria de una asamblea constituyente por medio de un decreto supremo. Ahora bien, en cuanto a la discusión de fondo respecto al uso de la asamblea constituyente versus el empleo del Congreso Nacional para reformar la Constitución, se estima que el mecanismo más idóneo es el uso de los cauces que la institucionalidad ofrece hoy a quienes promueven un cambio constitucional. Y ello no sólo por argumentos de texto constitucional, sino también por razones de fondo.

Si bien Elster y Miller argumentan que las asambleas constituyentes previenen conflictos de interés, ello no necesariamente ocurre. Todo lo contrario, muchas veces dentro de las asambleas existen grupos completamente capturados por grupos políticos radicalizados o bien “hombres fuertes” que controlan el debate. Ello conlleva necesariamente al surgimiento de regímenes políticos autoritarios o de dudoso carácter democrático.⁴³ De hecho, esta ha sido la experiencia reciente de procesos orientados por medio de asambleas constituyentes en Latinoamérica.⁴⁴

En ese sentido, el principal problema que ofrecen las asambleas constituyentes es el carácter que las mismas se atribuyen. En efecto, las asambleas constituyentes suelen verse a sí mismas desde la perspectiva ofrecida por el constitucionalismo continental, esto es, como depositarias de un poder ilimitado tanto en lo formal como en lo sustancial. Es esa percepción la que permite que ellas entiendan que actúan con independencia de cualquier tipo de limitación y que, por lo mismo, resuelvan sin ponderar suficientemente factores tales como las prácticas políticas tradicionales, la historia y la cultura del país, etc. En definitiva, es ese concepto de supremacía total el que torna peligroso el uso de asambleas constituyentes.⁴⁵ Este concepto de supremacía absoluta del poder constituyente ejercido en asamblea está especialmente presente en el mundo jurídico Latinoamericano, con todos los riesgos que ello pueda significar.⁴⁶

En cuanto el argumento planteado por Elster referido al aumento de los poderes institucionales por parte de los parlamentos



que ejercen potestades constituyentes, ello no ocurre necesariamente así. De hecho, comparando constituciones producidas por las legislaturas con aquellas generadas por medio de asambleas constituyentes, se puede concluir que no existen grandes diferencias en relación al resultado obtenido.⁴⁷ En ese sentido, el caso de Chile es incluso completamente el inverso al planteado por Elster. Por ejemplo, la reforma constitucional de 2005 fue generada al interior del Congreso Nacional y la misma, lejos de incrementar significativamente las potestades del Congreso Nacional, terminó por aumentar las prerrogativas del ejecutivo.⁴⁸

En cuanto al argumento vinculado a la legitimidad democrática, existen diversos mecanismos que permiten asegurarlas. La asamblea constituyente es, precisamente, uno de aquellos, pero está lejos de ser el único. En ese sentido, la legislatura también ofrece un foro bastante representativo. En efecto, la legislatura acoge en su seno a diputados y senadores elegidos democráticamente y de forma periódica. Los mismos están expuestos a asumir su responsabilidad política en procesos electorarios abiertos y transparentes. Un representante

en la asamblea constituyente no está necesariamente sujeto a esa responsabilidad política, en la medida que la asamblea se constituye únicamente para redactar una constitución y luego procede a disolverse. En ese contexto, los representantes no están expuestos a asumir sus responsabilidades políticas en una próxima elección. De ello se deriva que la legislatura ofrece los mismos beneficios que provee la asamblea constituyente desde la perspectiva de la legitimidad democrática, pero con todas las ventajas asociadas a poder hacer efectiva la responsabilidad política de los principales actores políticos.

La redacción de una constitución por parte de una asamblea constituyente no garantiza necesariamente la naturaleza democrática de las instituciones que surjan de la misma. Los casos venezolano y boliviano lo muestran con claridad. Sin embargo, también existen algunas experiencias de asambleas constituyentes exitosas, como los casos de Colombia y Sudáfrica. En esos casos lo que tornó exitosas las experiencias fueron (a) la existencia de (i) consensos básicos entre los diversos actores políticos y (ii) de controles externos, así como (b) una adecuada pluralidad en el seno de la asamblea, el que evitó que una sola agrupación política la controlara de forma absoluta.^{49 50} Considerando dichos factores, es razonable pensar que la legislatura sigue siendo el mejor foro para reformar la Constitución. En efecto, los factores que permitieron el éxito de la asamblea constituyente colombiana o sudafricana son los que permitieron el éxito de procesos de cambio constitucional por medio de las legislaturas ordinarias en las cuales

(a) existían mecanismos de control internos y externos y (b) una adecuada pluralidad de visiones.

En un contexto como ese, es del todo prudente que cualquier potencial reforma constitucional en Chile siga los procedimientos establecidos en el capítulo XV de la Constitución, lo que exige el respeto de los quórumos supramayoritarios contemplados en el mismo para su aprobación. En ese sentido, es preferible un modelo madisoniano de cambio constitucional a la alternativa continental ofrecida por Sieyes y Schmitt.

II. ANÁLISIS DE LAS PROPUESTAS

DE REFORMA CONSTITUCIONAL

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 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.

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 1º 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 iniciativa a los particulares en materias relacionadas con la enseñanza (artículo 19 N° 11), la seguridad social (artículo 19 N° 18),

**EL MODELO DE ESTADO ASUMIDO
EN LA ACTUALIDAD POR LA
CONSTITUCIÓN ES EL MODELO DE
ESTADO SUBSIDIARIO.**

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 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

*AHORA BIEN, EL RECONOCIMIENTO
DE UN ESTADO SOCIAL NO IMPLICA
SIMPLEMENTE LA INCLUSIÓN DE
DERECHOS SOCIALES EN LA
CONSTITUCIÓN.*



Sesión del Senado, Congreso Nacional

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

LA EXISTENCIA DE UN MODELO DE
ESTADO SUBSIDIARIO NO IMPLICA
NECESARIAMENTE LA INEXISTENCIA
DE DERECHOS SOCIALES.

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.

**2.1. LA ELIMINACIÓN DE LOS QUÓRUMS
SUPRAMAYORITARIOS**

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

PORESO, LA PREGUNTA NO ES SI LOS QUÓRUMS SUPRAMAYORITARIOS EXIGIDOS POR LA CONSTITUCIÓN CHILENA SON ANTIDEMOCRÁTICOS, SINO SI LOS MISMOS SON ADECUADOS A LA REALIDAD ACTUAL DE NUESTRO PAÍS.

2.2. 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. Este puede ser de dos clases: forzoso o facultativo. El mecanismo de control es forzoso tratándose



Salón de Honor, Congreso Nacional de Chile

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.

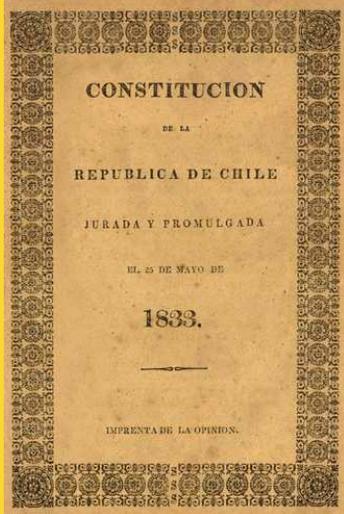
Tratándose del control preventivo facultativo, quienes pueden activar el mecanismo de revisión son el Presidente de la República, cualquiera de las cámaras o bien una cuarta parte de las mismas. Ello en conformidad al artículo 93 inciso cuarto. El control preventivo, en la mayoría de los casos, es un 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 senado 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



**Constitución Política de Chile,
año 1833**

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.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD PREVENTIVO ESTABLECIDO EN LA ACTUAL CONSTITUCIÓN NO ES PER SE ILEGÍTIMO.

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

3.1. 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 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.

3.2. 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 reprobable en la medida



Manifestación a favor de Asamblea Constituyente

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.

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 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 quórums y la revisión constitucional preventiva.

Ese último análisis, sin embargo, es generoso con la Constitución votada en 2005. Es que no sólo los quórums 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 Programa de Gobierno Michelle Bachelet, 2013

² Fioravanti, Maurizio: Los derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones, Editorial Trotta, Madrid, año 2000, pp. 76-96

³ Alexander Hamilton, James Madison y John Jay: El Federalista, Gustavo Velasco, trad., Editorial Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 1943, p. 215

⁴ *Ibidem*

⁵ *Ibidem*

⁶ *Ibidem*, p. 219

⁷ *Ibidem*, p. 223

⁸ Sieyes, Emmanuel: What Is the Third Estate? en Political Writings, Michael Sonenscher, trad., Hackett Publishing Company, Indianapolis, 2003, p. 136

⁹ Schmitt, Carl: Constitutional Theory, Jeffrey Seitzer, trad., Duke University Press, Durham, 2008, p. 132

¹⁰ Schmitt, Carl: La Dictadura, José Díaz García, trad., Alianza Editorial, Madrid, 2009 p. 191

¹¹ Fioravanti, Maurizio: Constitución. De la Antigüedad a Nuestros Días, Editorial Trotta, Madrid, año 2001, p. 115

¹² *Ibidem*

¹³ Seidman, Louis Michael: On Constitutional Disobedience, Oxford University Press, New York, 2012, p. 7

¹⁴ Ginsburg, Tom: ¿Fruto de la parra envenenada?: Algunas observaciones comparadas sobre la constitución chilena” en: Revista de Estudios Públicos N° 133, 2014, pp. 1-3

¹⁵ *Ibidem*, p. 9

¹⁶ *Ibidem*, p. 10

¹⁷ *Ibidem*, p. 13

¹⁸ *Ibidem*, p. 19

¹⁹ Programa de gobierno 2014-2018. Michelle Bachelet 2013, p. 30

²⁰ *Ibidem*

²¹ Sieyes, Emmanuel: What Is the Third Estate? en Political Writings, Michael Sonenscher, trad., Hackett Publishing Company, Indianapolis, 2003, p. 139

²² *Ibidem*

²³ *Ibidem*, p. 156

²⁴ *Ibidem*, p. 191

²⁵ Ginsburg, Tom: ¿Fruto de la parra envenenada: Algunas observaciones comparadas sobre la constitución chilena? en *Revista de Estudios Públicos* N° 133 2014, p. 23

²⁶ Elster, John: "Forces and mechanisms in the constitution-making process" en *Duke Law Journal* N° 45, 1995, p. 117

²⁷ *Ibidem*, p. 117

²⁸ Miller, Laurel E.: "Designing Constitution-Making Processes: Lessons from the Past, Questions for the Future" en: *Framing the State in Times of Transition. Case Studies in Constitution Making*, Laurel E. Miller, edit., U.S. Institute for Peace Studies, Washington D.C., 2010, p. 613

²⁹ Elster, John: "Forces and mechanisms in the constitution-making process" en *Duke Law Journal* N° 45, 1995 p. 117

³⁰ *Ibidem*

³¹ Miller, Laurel E.: "Designing Constitution-Making Processes: Lessons from the Past, Questions for the Future" en: *Framing the State in Times of Transition. Case Studies in Constitution Making*, Laurel E. Miller, edit., U.S. Institute for Peace Studies, Washington D.C., 2010, p. 612

³² *Ibidem*

³³ *Ibidem*, p. 613

³⁴ Bonime-Blanc, Andrea: *Constitution Making and Democratization: The Spanish Paradigm* en *Framing the State in Times of Transition. Case Studies in Constitution Making*, Laurel E. Miller, edit., U.S. Institute for Peace Studies, Washington D.C., 2010, p. 422

³⁵ Andrew Arato y Zoltan Miklosi: "Constitution Making and Transitional Politics in Hungary" en *Framing the State in Times of Transition. Case Studies in Constitution Making*, Laurel E. Miller, edit., U.S. Institute for Peace Studies, Washington D.C., 2010, pp. 350-390. En este mismo sentido y Lech Garlicki y Zofia A. Garlicka: *Constitution Making, Peace Buidling, and National Reconciliation: The Experience of Poland*" en *Framing the State in Times of Transition. Case Studies in Constitution Making*, Laurel E. Miller, edit., U.S. Institute for Peace Studies, Washington D.C., 2010, pp. 391-416

³⁶ Arato, Andrew: *Civil Society, Constitution, and Legitimacy*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, 2000 p. 255-256

³⁷ *Ibidem*, p. 255

³⁸ Alexander Hamilton, James Madison y John Jay: *El Federalista*, Gustavo Velasco, trad., Editorial Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 1943, p. 223

- ³⁹ Atria, Fernando: *La Constitución Tramposa*, Editorial LOM, Santiago de Chile, 2013
- ⁴⁰ Villavicencio & otros 2013, *El Mercurio*, Carta al Director 8 de octubre de 2013
- ⁴¹ Fermandois 2013, *El Mercurio*, Carta al Director 6 de octubre de 2013
- ⁴² Fuller, Lon: *The Morality of Law*, Yale University Press, New Heaven, 1969, p. 40
- ⁴³ Partlett, William: Making constitutions matter: the dangers of constitutional politics in current post-authoritarian constitution-making en *Brooklyn Journal of International Law* N° 38, 2012, pp. 19-34
- ⁴⁴ Landau, David: "Constitution-making gone wrong" en *Alabama Law Review* N° 64, 2013, p. 923-980
- ⁴⁵ *Ibidem*, p. 961
- ⁴⁶ Colón-Ríos, Joel: "Carl Schmitt and constituent power in Latin-American courts: the cases of Venezuela and Colombia" en *Constellations* N° 18, 2011, pp. 377-378
- ⁴⁷ Ginsburg, Tom: ¿Fruto de la parra envenenada: Algunas observaciones comparadas sobre la constitución chilena?" en *Revista de Estudios Públicos* N° 133, 2014, p. 24. Justin Blount, Zachary Elkins y Tom Ginsburg: "Does the process of constitution-making matter?" en *Annual Review of Law and Social Sciences* N° 5, 2009, pp. 201-223
- ⁴⁸ Candia, Gonzalo: *Reforma Constitucional 2005: El poder busca más poder en Jornadas de Derecho Público*, Universidad de Chile, año 2006. Disponible en: http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/Gonzalo%20Candia_Reforma%20constitucional%202005.pdf
- ⁴⁹ Landau, David: "Constitution-making gone wrong" en *Alabama Law Review* N° 64, 2013, p. 962
- ⁵⁰ Ginsburg, Tom: ¿Fruto de la parra envenenada: Algunas observaciones comparadas sobre la constitución chilena?" en *Revista de Estudios Públicos* N° 133, 2014, p. 24
- ⁵¹ Cea, José Luis: *Tratado de Derecho Constitucional Chileno*. Tomo III. Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2013, p. 46
- ⁵² Loo, Martín: La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 33, pp. 391-426
- ⁵³ Heun, Werner: *The Constitution of Germany: a contextual analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2011, pp. 44-45
- ⁵⁴ Nogueira-Alcalá, Humberto: Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano. *Estudios Constitucionales*, Año 7 N° 2, Nogueira 2009, p. 144

- ⁵⁵ King, Jeff: Judging social rights. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 39- 41
- ⁵⁶ 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
- ⁵⁷ Landau, David: The reality of social rights enforcement. Harvard International Law Journal, Vol. 53, N° 1, 2012, pp. 28- 33
- ⁵⁸ Finnis, John: Natural law and natural rights. Segunda Edición. Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 235- 236
- ⁵⁹ Heun, Werner: The Constitution of Germany: a contextual analysis. Oxford: Hart Publishing, 2011, pp. 47
- ⁶⁰ Atria, Fernando: El Tribunal Constitucional y la objeción democrática. Revista Chilena de Derecho, Vol. 20 N°1, 1993, pp. 367-378
- ⁶¹ Tushnet, Mark: Policy distortion and democratic debilitation: comparative illumination of the countermajoritarian diﬃculty. Michigan Law Review, Vol. 94 N° 2, 1995, pp. 274-275
- ⁶² Silva Bascañán, Alejandro: El Tribunal Constitucional En: Frei, Eduardo; Molina, Sergio; Evans, Enrique; Lagos, Gustavo; Silva Bascañán, Alejandro; y Cumplido, Francisco (autores): La reforma constitucional de 1970. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 199
- ⁶³ Waldron, Jeremy: The core of the case against judicial review. The Yale Law Journal, Vol. 115, 2006, p.1367
- ⁶⁴ *Ibidem*.
- ⁶⁵ Programa de gobierno 2014-2018. Michelle Bachelet 2013, p. 31
- ⁶⁶ *Ibidem*
- ⁶⁷ *Ibidem*, p. 34
- ⁶⁸ *Ibidem*, p. 34
- ⁶⁹ *Ibidem*, p. 34
- ⁷⁰ *Ibidem*, p. 32
- ⁷¹ Gómez-Lobo, Alfonso: Morality and the human goods: an introduction to natural law ethics. Washington DC: Georgetown University Press, 2001, pp. 168
- ⁷² *Ibidem*, p. 82-96
- ⁷³ Zampas, Christina y Gher, Jaime: Abortion as human right-international and regional standards. Human Rights Law Review, Vol. 8 N° 2, 2008, pp. 250
- ⁷⁴ 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
- ⁷⁵ Finnis, John: Aquinas. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 385



**INSTITUTO
RESPUBLICA**

Valentín Letelier 1331, piso 4, Santiago

www.respublica.cl