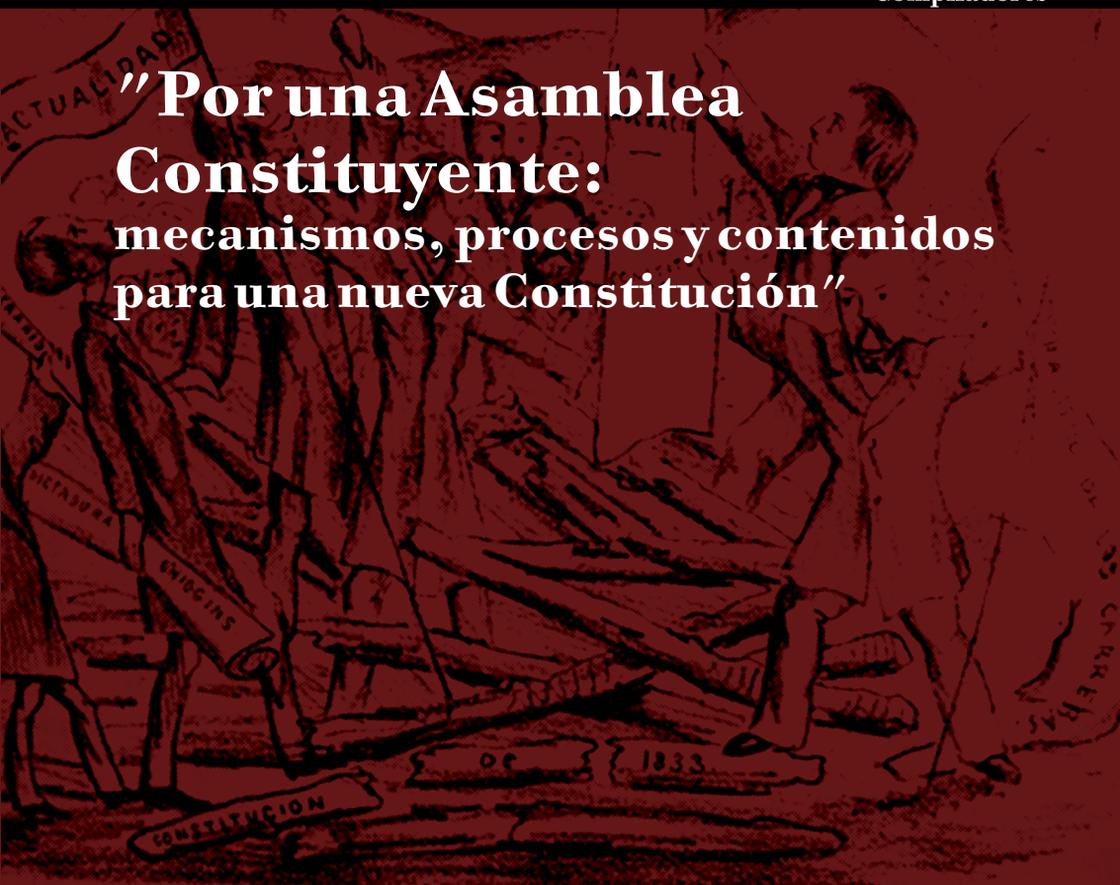




Francisco Quiero
Jaime Gajardo
Compiladores

**“Por una Asamblea
Constituyente:
mecanismos, procesos y contenidos
para una nueva Constitución”**



**“POR UNA ASAMBLEA
CONSTITUYENTE:**

**MECANISMOS, PROCESOS Y
CONTENIDOS PARA UNA NUEVA
CONSTITUCIÓN”**

***“Por una Asamblea Constituyente:
mecanismos, procesos y contenidos para una nueva
Constitución”***

Autor: Francisco Quiero (compilador)
Jaime Gajardo (compilador)

1^{ra} Edición, enero de 2016
500 ejemplares
ISBN 978-956-7074-15-0
RPI 261446

Diseño y diagramación:
Gráfica LOM
Concha y Toro 25
Fonos: (56-2) 2672 22 36 - (56-2) 2671 56 12

Impreso en los Talleres de Gráfica LOM
Miguel de Atero 2888
Fonos: (56-2) 2716 96 95 - (56-2) 2716 96 84
Santiago de Chile, enero de 2016



INDICE

PRÓLOGO	7
INTRODUCCIÓN	11
Primera parte: Mecanismos y procesos constitucionales	17
NUEVAS CONSTITUCIONES EN AMÉRICA LATINA: ANÁLISIS COMPARADO DE LOS CASOS DE ECUA- DOR, BOLIVIA Y VENEZUELA 1999-2007	19
<i>Francisco QUIERO AGUIRRE</i>	
ASAMBLEA CONSTITUYENTE Y NUEVA CONSTITU- CIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991: ENTRE LA ES- PERANZA, LA REFORMA Y LA CONTINUIDAD DEL CONFLICTO INTERNO	45
<i>Patricio GARCÍA</i>	
¿ES NECESARIA UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE EN CHILE?	65
<i>Jaime GAJARDO FALCÓN</i>	
EL ESTADO QUE REQUIERE EL CHILE BICENTENARIO	85
<i>Bernardo José TORO VEGA</i>	
LA EXPERIENCIA HISTÓRICA DEL PODER DESTITU- YENTE EN LA ESPAÑA DEMOCRÁTICA: DES-PENSAN- DO EL RÉGIMEN DEL 78	109
<i>Felipe David PONCE BOLLMANN</i>	
LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE ES POSIBLE Y ES NE- CESARIA	137
<i>Carlos ARRUE PUELMA</i>	

Segunda parte: Contenidos para una nueva Constitución	167
 ACERCA DEL ESTADO SOCIAL Y LOS NUEVOS DE- RECHOS EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN	169
<i>Francisco ZÚÑIGA URBINA</i>	
 MULTICULTURALISMO Y NUEVA CONSTITUCIÓN	195
<i>Jaime GAJARDO FALCÓN</i>	
 ESTADO, MERCADO Y NUEVA CONSTITUCIÓN: CUA- TRO MODELOS DEL ROL DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA	245
<i>Francisco QUIERO AGUIRRE</i>	
 INICIATIVA POPULAR DE LA LEY EN LA NUEVA CONS- TITUCIÓN POLÍTICA DE CHILE	271
<i>Bárbara SEPÚLVEDA HALLES</i>	
 HACIA UNA DEMOCRATIZACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO: UNA NUEVA FÓRMU- LA DE ELECCIÓN DE SUS MIEMBROS	293
<i>Leonardo ORTIZ y Nicole VÁSQUEZ</i>	
 LA INSTITUCIONALIDAD PARTICIPATIVA EN AMÉRI- CA LATINA: TENSIONES Y DESAFÍOS	311
<i>Pablo CANELO BRIDSHAW</i>	
 LAS ORGANIZACIONES Y COMUNIDADES INDÍGE- NAS EN LA CONFORMACIÓN DE LA BASE SOCIAL PARA LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE EN BOLIVIA. LA EXPERIENCIA DE LOS CONSEJOS EDUCATIVOS DE PUEBLOS ORIGINARIOS (CEPOS) BOLIVIANOS	341
<i>Ana Esther ANCAPI LANDAETA</i>	
 INCLUSIÓN DE LA CATEGORÍA DIFERENCIAL EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL: TENSIONES Y PERS- PECTIVAS	355
<i>Luisa Fernanda GARCÍA LOZANO</i>	

PRÓLOGO

Para mí es motivo de gran satisfacción y alegría, prologar este libro editado por el Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz, por cuanto, constituye un esfuerzo intelectual serio, de una nueva generación de profesionales estudiosos de los temas constitucionales, quienes han asumido este gran desafío, como es abordar la necesidad del cambio de la Constitución de 1980. A través de estas páginas, el lector podrá aproximarse a las complejidades que significa plantearse una nueva Constitución para Chile.

El día 15 de diciembre de 2013, el 62 por ciento de la ciudadanía, que votó por la Presidenta Michelle Bachelet, se pronunció por una nueva Constitución para el país, y no la reforma de ésta. Éste es un mandato irrenunciable, cuyo incumplimiento significaría faltar nuevamente a los anhelos ciudadanos, lo que llevaría una vez más, al descrédito de la política.

En efecto, el Programa de la Nueva Mayoría señala:

“Chile debe reencontrarse con sus tradiciones republicanas y dar origen a la Nueva Constitución, en la que confluyan las tradiciones constitucionales liberal, democrática y social y que sea fruto de un auténtico consenso constitucional.

El reclamo por una nueva Carta Fundamental no es un prurito de especialistas ni la obsesión de élites sobre ideologizadas. Es un objetivo planteado desde larga data por sectores democráticos; y levantado actualmente por una gran cantidad de organizaciones políticas, sociales, juveniles, regionales, sindicales, de género y representativas de pueblos indígenas, basada en los cuestionamientos antes referido.

De esta manera, basada en una fuerte convicción democrática, se recoge la demanda nacional por una Nueva Constitución Política para Chile a impulsar en un proceso democrático, institucional y participativo que permita alcanzar este propósito.

La Nueva Constitución Política deberá sustentarse en nuestras mejores tradiciones democráticas; en el desarrollo doctrinal y experiencias de

las democracias modernas del mundo occidental; y en el conjunto de derechos, principios y normas plasmados en el derecho internacional de derechos humanos”.

Por tanto, la ciudadanía no quiere ser engañada como lo ha sido anteriormente, con reformas cosméticas que no hacen más que profundizar su carácter antidemocrático.

Como dice un viejo dicho popular “la mona aunque se vista de seda, mona queda”, y eso es lo que ha ocurrido con la Constitución de 1980, la cual a pesar de sus sucesivas modificaciones, no ha logrado superar su pecado original, ser fruto de la dictadura militar. Este no es un tema antojadizo, el origen dictatorial de esta Constitución pone en el centro un cuestionamiento esencial, su ilegitimidad de origen, que se sustenta en el hecho de haberse elaborado a espaldas del pueblo, entre cuatro paredes y aprobada en un plebiscito fraudulento.

Esta ilegitimidad de origen, determina a su vez, su carácter autoritario y su contenido profundamente antidemocrático.

Sus autores nunca se plantearon la posibilidad de que esta Constitución fuera reemplazada por una nueva y es por esto, que carece de normas que permitan crear una nueva Constitución mediante una Asamblea Constituyente o que sea aprobada a través de un plebiscito democrático.

El análisis de su contenido, pone en evidencia el temor infundado de sus autores al ejercicio de la soberanía popular, estableciendo mecanismos para limitarla, como los quórums contramayoritarios o el control preventivo del Tribunal Constitucional.

Hay un aspecto fundamental y ése es que la Constitución de 1980, concibe a la sociedad chilena, dentro de un modelo económico neoliberal y con una democracia tutelada, como ha quedado en evidencia en estos 34 años, en que hemos vivido como interdictos.

Una faceta importante del debate nacional ha sido cuáles son los mecanismos para dotarse de una nueva Constitución. Mayoritariamente se ha abierto paso la necesidad de una Asamblea Constituyente. Esto no es casual obedece a una conciencia ciudadana de buscar el mecanismo más democrático y participativo, que permita superar la ilegi-

timidad de origen de la actual Constitución. Sería inconcebible que la nueva Constitución repitiera procedimientos antidemocráticos que han sido rechazados.

No cabe duda que la Asamblea Constituyente es el mecanismo más democrático y participativo para que el pueblo elabore una nueva Constitución, esto permitiría, que se realice un debate abierto e inclusivo por toda la ciudadanía a través de distintas instancias de discusión, a nivel local, comunal, regional y nacional.

La Constitución es la norma fundamental que rige a la sociedad y este no es un debate sólo de expertos. Es el pueblo quien tiene que definir cuál es la sociedad que quiere, cuáles deben ser los derechos y garantías ciudadanas, qué características deben tener sus diferentes poderes, entre otros temas.

Sin embargo, el debate sobre el mecanismo no puede impedir seguir avanzando en el desarrollo de los contenidos de la nueva Constitución, encerrarse o aferrarse a un solo mecanismo a la larga puede entorpecer todo el proceso constituyente.

Cuál sea el mecanismo por el que finalmente se elabore la nueva Constitución, va a depender de la correlación de fuerzas existentes y cuánto haya avanzado en la conciencia ciudadana la necesidad de una Asamblea Constituyente.

Lo que está claro, es que ya nadie puede negar que Chile ha iniciado el camino sin retorno, para terminar con la actual Constitución elaborada por Pinochet, y que a pesar de sus sucesivas modificaciones, no ha podido enraizarse en nuestra sociedad debido a que en la forma y en el fondo es expresión de la herencia dictatorial que Chile quiere dejar atrás y por tanto, más temprano que tarde, nuestro país tendrá una Constitución realmente democrática.

Una nueva Constitución debe concebir a la sociedad chilena como democrática, participativa, con un estado unitario, sin quórumms contramayoritarios, sin control preventivo, por parte del Tribunal Constitucional, con fuerzas armadas no deliberantes, donde se garantice la propiedad de nuestras riquezas básicas para los chilenos, con mecanismos de reforma constitucional que considere, la Asamblea Constituyente y el plebiscito, sin un estado subsidiario, con pleno

respeto a los derechos humanos y los tratados vigentes y una sociedad multicultural.

La historia de Chile demuestra que los regímenes autoritarios terminan sucumbiendo ante las exigencias democráticas. Por más que se quieran poner camisas de fuerza a los anhelos ciudadanos, ellos se abren paso. La cruel dictadura de Pinochet, no pudo impedir que el pueblo decidiera terminar con ella como ocurrió en la batalla del No. Tampoco una Constitución podrá impedir los intentos golpistas como ocurrió en Chile en 1973. Lo único que garantiza una sociedad democrática, es el permanente control ciudadano.

La Constitución de 1925, fue objeto de sucesivas reformas que le fueron dando un carácter cada vez más democrático y que tuvo su expresión más alta en la reforma al derecho de propiedad en 1971, que permitió por la unanimidad del Congreso recuperar el cobre para los chilenos.

Todos tenemos la responsabilidad de abrir paso y generar las más diversas instancias de discusión y proposiciones sobre la nueva Constitución. Tenemos que llamar a los ciudadanos a ser protagonistas de la historia y no dejar que otros decidan por ellos. De la misma manera, todos los sectores políticos y sociales deben aportar a generar las condiciones que permitan que la nueva Constitución sea fruto de un de una participación real y no excluyente.

Es por esto que este libro pretende ser una contribución al debate nacional, y nos abre la perspectiva de que una nueva Constitución para un nuevo Chile es posible.

Julia URQUIETA OLIVARES
Una nueva Constitución es posible

INTRODUCCIÓN

La demanda por una nueva Constitución en Chile no deja de ser un fenómeno necesario de estudiar. Un 70% está de acuerdo con la elaboración de una Constitución en democracia según la encuesta ADIMARK realizada en junio de 2014 (Encuesta ADIMARK, 2014) En una medición más actual realizada por la encuesta CADEM de abril 2015 muestra que un 77% de los chilenos está de acuerdo con la elaboración de una nueva constitución, tendencia que se aprecia al alza en relación a la misma encuesta, realizada en marzo de 2013 (Encuesta CADEM, 2015) Sin embargo, el dato de mayor valor reside en la expresión mayoritaria que apoya la creación de una nueva Constitución mediante una Asamblea Constituyente, reflejada en un 60% de apoyo a esta opción. Finalmente, dentro de este estudio los encuestados consideran que una nueva Constitución mejorará la confianza en las instituciones (65%), mejorará su calidad de vida como la de su familia (59%) y permitirá resolver la crisis del sistema político (59%) Recientemente un informe elaborado por el PNUD concluye que el camino más frecuentado y más eficaz para elaborar una Constitución, tomando como muestra a 95 países en el periodo 1947-2005, es la Asamblea Constituyente (PNUD, 2015)

Una Asamblea Constituyente, en conjunto con cualquier otro mecanismo, tiene como objetivo la creación de una nueva Constitución. Hemos de llamar proceso constituyente a aquel periodo en el cual los diferentes actores de una sociedad han determinado que su actual ordenamiento jurídico ha dejado de ser válido para ellos, con lo que ha de ser reemplazado por otro (Antonio del Cabo, 2012) Dentro de este proceso, pueden definirse distintas etapas. Como lo ha señalado en su discurso en cadena nacional del 13 de octubre del 2015, la Presidente de la República ha señalado que el proceso constituyente en Chile ha de cumplir 7 etapas¹:

¹ Esta sistematización está citada literalmente de “curso de delegado constituyente” realizado por el Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz (ob. cit)

- 1) **“Etapa de educación cívica y constitucional.** Se trata de una instancia de formación cívica dirigida a la ciudadanía con el fin de entregarle los conocimientos y herramientas necesarias para su participación informada en la creación de las Bases Ciudadanas para la Nueva Constitución.
Este curso y el anterior, se ciñen a este anhelo de educar a la población para que se involucre en este proceso, resultando imperativo la autoformación ciudadana y el compromiso social para su impulso.
Esta etapa se prolongará desde octubre del 2015 a marzo del 2016.
- 2) **Díálogos ciudadanos.** Esta etapa se aboca a la realización de diálogos participativos en 3 niveles: comunal, provincial y regional. El resultado de estos diálogos se consolidará en un documento que contenga las Bases Ciudadanas para la Nueva Constitución. Para la realización de estos diálogos y con el fin de asegurar su transparencia, se conformará un Consejo Ciudadano de Observadores -integrado por representantes de la sociedad civil, elegidos por la Presidenta- cuya misión es acompañar y garantizar que el proceso sea libre, sin presiones ni distorsiones.
Esta etapa se desarrollará entre marzo y octubre del 2016.
- 3) **Entrega de las Bases Ciudadanas para la Nueva Constitución a la Presidenta de la República.** Con las Bases Ciudadanas, la Presidenta dará forma a un Proyecto de Nueva Constitución, que contendrá la suma de diálogos y sus resoluciones respecto a la nueva institucionalidad que el pueblo de Chile desea otorgarse, reconociendo las obligaciones jurídicas que Chile ha contraído con el resto de los Estados².
Esta etapa tendrá lugar en el segundo semestre del 2016.
- 4) **Proyecto de Reforma Constitucional.** La Presidenta enviará un Proyecto de Reforma Constitucional, que consiste en la incorporación de un nuevo capítulo a la actual Constitución, llamado “Capítulo 16”, que deberá ser aprobado por 2/3 de los actuales congresistas, y que, una vez aprobado, habilitará al próximo Congreso a decidir, por un quórum de 3/5, entre 4 alternativas, el mecanismo de discusión y aprobación del Proyecto de Nueva Constitución.

² Aunque esta afirmación nos parece cuestionable.

Las alternativas sobre el mecanismo de discusión y aprobación del Proyecto de Nueva Constitución son: Comisión Bicameral, Convención Constituyente Mixta, Asamblea Constituyente y Plebiscito.

La etapa del Proyecto de Reforma Constitucional se verificará durante el segundo semestre del año 2016.

5) Envío de propuesta de Nueva Constitución. La Presidenta entregará al nuevo Congreso de la República, el Proyecto de Nueva Constitución formulado a partir de las Bases Ciudadanas surgidas de los diálogos ciudadanos.

6) Discusión y aprobación de la Nueva Constitución. En esta etapa, prevista para el 2018, corresponde que el nuevo Congreso (elegido el 2017 con un nuevo sistema electoral, nueva ley de partidos políticos y nueva ley de financiamiento electoral) decida sobre el mecanismo constituyente y discuta el Proyecto de Nueva Constitución.

Las 4 alternativas de mecanismos de discusión y aprobación del Proyecto de Nueva Constitución, formulado por la Presidenta a partir de las Bases Ciudadanas surgidas de los diálogos ciudadanos de son:

- Comisión Bicameral compuesta por senadores y diputados.
- Convención Constituyente mixta integrada por parlamentarios y ciudadanos.
- Asamblea Constituyente.
- Plebiscito para que el pueblo decida entre la Comisión Bicameral, la Convención Constituyente o Asamblea Constituyente.

7) Plebiscito de ratificación. Una vez discutido y sancionado el Proyecto de Nueva Constitución por cualquiera de los mecanismos mencionados, la ciudadanía mediante plebiscito se pronunciará aprobando o rechazando la Nueva Constitución en su totalidad.”

Al ya estar delimitado el proceso constituyente, han de resolverse a lo menos dos cuestiones fundamentales ¿Cuál será el mecanismo que surja del proceso constituyente? ¿Cuál ha de ser el contenido que ha de poseer la nueva Constitución? El objetivo de este libro es poder responder ambas preguntas, que formulan el problema teórico a abordar

desde una perspectiva que sobrepasa el Derecho, usando como insumo las distintas disciplinas de las Ciencias Sociales desde una perspectiva interdisciplinaria.

Este libro se divide en dos partes. Una primera sección, titulada “mecanismos y procesos constitucionales” busca llegar a la conclusión de que la Asamblea Constituyente es el mejor mecanismo para elaborar la nueva Constitución. En este esfuerzo buscamos recopilar un conjunto de artículos científicos que analizan la experiencia internacional para ver en qué medida los procesos vividos en el mundo pueden servir de guía, en primer lugar, para el proceso constituyente en Chile y, en segundo lugar, reflexionar sobre la necesidad de una nueva Constitución en nuestro país. La segunda sección, titulada “contenidos para una nueva Constitución”, busca dar la discusión de fondo, más allá de las experiencias comparadas y de la necesidad de cambiar la Constitución hacia cuáles son los elementos que debe contener la nueva Constitución. Estos contenidos tienen relación a definir conceptos como soberanía, ciudadanía, nacionalidad, el rol de las instituciones y el Estado, el tipo de propiedad y los entes autónomos públicos. En pocas palabras, los contenidos definen la parte dogmática, orgánica, los procedimientos de reforma y las disposiciones transitorias de toda Constitución³.

Queremos agradecer a los autores que han decidido participar del esfuerzo colectivo que ha implicado la creación de este libro, editados por Jaime Gajardo Falcón y mi persona, Francisco Quiero Aguirre. Sin ellos habría sido imposible cumplir el dar una discusión teórica acabada sobre lo importante que implica un proceso constituyente en democracia: el nacimiento de una nueva Constitución. Agradecer a Julia Urquieta por el prólogo realizado a nuestro libro, a los autores Patricio García, Bernardo Toro, Felipe Ponce, Carlos Arrué, Francisco Zúñiga, Bárbara Sepúlveda, Nicole Vásquez y Leonardo Ortiz, Ana Ancapi y Luisa García. Su participación ha permitido realizar una contribución a la discusión académica sobre cómo se crean las constituciones y cuáles son los contenidos que han de poseer.

Al escribir estas palabras, y ustedes al leerlas, nos hace parte de un proceso inédito en la Historia de Chile, como lo es la creación de una

³ Para profundizar sobre estos conceptos véase Guastini (2001)

Constitución con la participación de su pueblo. Hagamos historia,
nueva Constitución con una Asamblea Constituyente.

Francisco Quiero Aguirre
Jaime Gajardo Falcón
23 de noviembre de 2015

BIBLIOGRAFÍA

- Curso de Delegado Constituyente. Curso en Tres Módulos para la Formación de Delegados Constituyentes. ICAL, 2015.
- Encuesta ADIMARK. Evaluación de la Gestión del Gobierno (junio, 2014), [fecha de consulta: 15 de junio de 2015]. [Disponible en <http://elmostrador2015.mzzo.com/media/2014/07/Encuesta-Adimark-Junio-2014.pdf>]
- Encuesta CEP. Estudio Nacional de Opinión Pública (abril, 2015), [fecha de consulta: 15 de junio de 2015]. [Disponible en http://cepchile.cl/dms/archivo_5916_3714/EncuestaCEP_Abril2015.pdf]
- GUASTINI, Ricardo. “Estudios de Teoría Constitucional”. Doctrina Jurídica Contemporánea. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: D. F. 2001.
- PNUD. “Mecanismo de Cambio Constitucional en el Mundo”. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 2015.

PRIMERA PARTE

**MECANISMOS Y PROCESOS
CONSTITUCIONALES**

NUEVAS CONSTITUCIONES EN AMÉRICA LATINA: ANÁLISIS COMPARADO DE LOS CASOS DE ECUADOR, BOLIVIA Y VENEZUELA 1999-2007

*Francisco QUIERO AGUIRRE**

RESUMEN

El nuevo constitucionalismo que surge en América Latina abre una nueva página en la historia con la creación de nuevas Constituciones, amplias en derechos y garantías por un lado, y realizadas por Asambleas Constituyentes, por el otro. Son Constituciones con un fuerte componente aspiracional, orientadas a otorgar derechos usurpados y a dar garantías antes inexistentes a aquellos sujetos antes excluidos de los frutos de la democracia y el crecimiento económico. Estos procesos se han desarrollado como consecuencia del colapso del gobierno anterior, lo que ha permitido que estas Constituciones nazcan en democracia. A ello debe sumarse el rol de liderazgos carismáticos para guiar el proceso de forma ordenada hacia las nuevas Constituciones, las cuales tienen por primera vez un elemento de democracia participativa en su diseño. El uso del método comparado nos ayuda ver cómo casos similares de gesta constitucional comparten el colapso institucional, la existencia de Asambleas Constituyentes, la mantención del régimen democrático y la introducción de elementos de democracia participativa.

* Magíster © en Estudios Internacionales, Universidad de Santiago; Analista en Políticas y Asuntos Internacionales y Bachiller en Ciencias Sociales, Universidad de Santiago. Actualmente se desempeña como Coordinador de Investigación del Área legislativa del Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz. Correo: francisco.quiero@ical.cl

Introducción

América Latina está viviendo por primera vez una etapa de constitucionalismo propio. A diferencia de períodos anteriores, guiados por la influencia de las Constituciones elaboradas tanto en Estados Unidos como en Europa, el constitucionalismo latinoamericano, que inicia en 1991 con la Constitución colombiana, se caracteriza por la incorporación de elementos propios distintos a los del constitucionalismo liberal decimonónico. Estamos, en pocas palabras, frente a una corriente que podemos denominar neoconstitucionalismo latinoamericano (Uprimny, 2007). Si bien ha existido por un lado, la consolidación de la democracia como el único régimen posible, persisten por otra parte, prácticas históricas vinculadas al caudillismo, el populismo, la corrupción y con ello, la aparición de gobiernos iliberales (Cousa, 2010)

Sin embargo, este neoconstitucionalismo no es un producto *ex nihilo*. Se ha originado a partir de un conjunto de quiebres institucionales que dieron lugar a nuevas Constituciones. No es antojadizo que a estos procesos vividos se les haya denominado “colapso” ya que, precisamente, lo que ocurrió fue la invalidación del sistema político anterior (Fleinderberg, 2013). Este colapso ha generado, a lo menos, tres tendencias comunes en el constitucionalismo en América Latina: una adhesión teórica y práctica entre constitucionalismo y gobiernos civiles; reconocimiento y revaloración del pluralismo y la diversidad en casi todos los campos y aspiracional, es transformativo y con fuerte matriz igualitaria, que mira hacia el futuro con promesas y derechos para todos (Uprimny, ob. cit).

Para estudiar este nuevo proceso de constitucionalismo en América Latina es vital utilizar una perspectiva comparada, tanto desde la Ciencia Política como desde el Derecho. Para la Ciencia Política, el proceso de comparación se realiza por medio de una selección de casos en función de si se desean encontrar similitudes entre casos diferentes o diferencias entre casos similares (Sartori y Morlino, 1999). Los casos pasan a ser similares o distintos según las variables operacionales que elijamos para nuestra comparación, vale decir, aquellas según las cuales sospechamos una relación de causalidad (Nohlen, 2007). Aquellas variables no tomadas en cuenta en el estudio serán aquellas variables definidas como variables de contexto. En pocas palabras, el método

comparado es útil por su fuerza explicativa gracias al control que nos entrega (Sartori, 1970) por medio del aumento del número de casos y la disminución del número de variables para lograr explicar un fenómeno (Lijphardt, en Sartori y Morlino, ob. cit). Es vital a su vez que el investigador delimite tanto el nivel de análisis sobre los que desea trabajar (Hollis y Smith, 1990) como las delimitaciones temporales de su estudio (Bartollini, en Sartori y Morlino, ob. cit), ya sea un estudio de tipo sincrónico (análisis estático) o diacrónico (evolución en el tiempo de los casos).

El Derecho comparado permite complementariamente un acercamiento a las similitudes y diferencias entre sistemas jurídicos. Para Milushka Rojas (s/a) posee cuatro finalidades: 1) un mejor conocimiento del Derecho nacional, ya que ayuda a comprender el estado de desarrollo de éste; 2) formación de un lenguaje de Derecho Internacional, porque el contraste con el derecho extranjero ayuda a comprenderlo en sus propios términos; 3) unificación o armonización de los ordenamientos jurídicos, que apunta en la consecución de un Derecho más bien comunitario que universal y; 4) conocimiento de los ordenamientos jurídicos extranjeros, antes de realizar la comparación. Por estas mismas razones es que María Salvador(s/a) reconoce que el Derecho ha tenido cuatro avances significativos: 1) se considera como ciencia jurídica propia que tiene por objeto el ordenamiento jurídico de los Estados; 2) su objeto son las instituciones relativas a la organización del poder; 3) su análisis genera como producto su categorización en diferentes formas de Estado y formas de gobierno; 4) resulta imprescindible la ayuda de otras ciencias. En este último punto, se reconoce la complementación necesaria entre el pensamiento de la Ciencia Política, la Economía y el Derecho como disciplinas que permiten entender el funcionamiento de un determinado sistema político y jurídico.

¿Cuáles son las similitudes que comparten los casos de nuevo constitucionalismo en Ecuador, Bolivia y Venezuela? En primer lugar, el período que va desde la proclamación de la Constitución colombiana en 1991 hasta la Constitución boliviana en 2007, es un período valioso para el análisis pues estas Constituciones se elaboraron en democracia y no bajo regímenes autoritarios. En segundo lugar, las Constituciones de nuestros casos de estudio precisamente provinieron de gobiernos

que surgieron de un proceso de colapso, que sólo pudo ser resuelto por medio de la generación de una nueva Carta Magna. Sin embargo, no es un dato menor que el proyecto de construcción de sociedad dependa fuertemente de liderazgos con elementos parcialmente caudillescos o populistas (Lewitsky et. al, 2011; Edwards, 2010). En tercer lugar, estas nuevas Constituciones han reforzado la idea de neoconstitucionalismo en América Latina, sobre todo por su componente fuertemente aspiracional, donde las leyes y las mayorías políticas están al servicio del proyecto de la sociedad (García Villegas, 2002), vale decir, son Constituciones densas en derechos y amplias en mecanismos de participación. Finalmente, es fundamental recalcar el hecho de que estas Constituciones no fueron generadas desde los poderes clásicos del Estado sino que, por el contrario, provinieron de Asambleas Constituyentes (en adelante, AC), que construyeron las nuevas Constituciones desde el soberano hacia los poderes del Estado, factor crucial que nos permite explicar por qué las Constituciones analizadas difieren de sus antecesoras y de las Constituciones elaboradas en los demás países de América Latina.

La presente investigación se divide en cuatro partes. Primeramente, se presenta la evolución histórica de estos países que los llevaron hacia un proceso de colapso institucional. En segundo lugar, se desarrollará el marco teórico proponiendo conceptos, categorías y elementos propios del Derecho Constitucional comparado como de la Ciencia Política. En tercer lugar, se muestra cómo los nuevos liderazgos de Rafael Correa, Evo Morales y Hugo Chávez representaron soluciones al colapso institucional, siendo la piedra angular de esta solución la elaboración de una nueva Constitución por medio de una AC. En cuarto lugar, se analiza por medio del constitucionalismo comparado los elementos comunes a estas nuevas Constituciones y que nos permiten señalar que estamos frente a un neoconstitucionalismo de carácter aspiracional en el subcontinente. Por último, a manera de comentarios finales, se procura generar un contraste de indicadores económicos y sociales para evaluar si las nuevas Constituciones han tenido los efectos esperados por parte de sus impulsores.

Realizar estudios de tipo comparado sobre el constitucionalismo en América Latina es primordial para el entendimiento de los procesos de los que han resultado nuevas Constituciones. Más que estudios

de casos, requerimos estudios que nos permitan explicar por qué nos encontramos frente a una nueva corriente de pensamiento y ejercicio constitucional, y cuáles serían sus alcances teóricos, jurídicos y procedimentales. No sólo ello, además el desarrollo teórico de estos procesos nos da pie para la revisión de nuestro propio Derecho y sus limitaciones⁴. Las experiencias de creación de Derecho en el extranjero son fundamentales si buscamos que nuestras sociedades posean un Derecho que se ajuste a nuestras necesidades y reivindicaciones. Caso contrario, pueden perfectamente encontrarse en una senda sin retorno hacia el colapso, ya que la aplicación de un conjunto de reglas e instituciones foráneas sin adaptarse al contexto local puede, en lugar de mejorar la situación actual, empeorarla⁵. Lo que el legislador debe preguntarse es si frente a un escenario de colapso institucional el nuevo ordenamiento se hará en paz y por parte de la sociedad civil. Lo que debe recordar es que esta última opción es considerablemente nueva y una excepcionalidad en América Latina. No hay garantía plena y absoluta, consideramos, de que estos procesos no sólo se mantengan sino que puedan repetirse, incluso en Chile.

Nuevas Constituciones en América Latina: el camino hacia el colapso

Los casos que pasamos a examinar tienen por objeto desarrollar la hipótesis de que el auge del constitucionalismo latinoamericano tiene un carácter dual. Hay países donde este proceso se desarrolló en paz y producto de un proceso, ya sea de un acuerdo societal (Colombia), o hegemonía (Brasil y Argentina). Sin embargo, el verdadero impacto sobre la teoría constitucional latinoamericana no provino de estos países, sino de aquellos países donde previamente el sistema político anterior colapsó. Ahora bien, los motivos que explican este colapso son dos. En primer lugar, en aquellos países donde el sistema político era altamente excluyente en su forma de participación política, con alta presencia de militares en el gobierno y una tendencia al trasfuguis-

⁴ En general, el recurso al Derecho extranjero nos permite generar un contraste entre ordenamientos jurídicos, y así ver en qué medida nuestro Derecho puede mejorar e inspirarse de los aportes de otras legislaciones.

⁵ Como así sucedió con el “Consenso de Washington”, que más adelante desarrollaremos.

mo y deslealtad política en la élite se generó apatía desde la ciudadanía hacia el sistema en sí. En segundo lugar, en aquellos países donde la tendencia macroeconómica ha sido a la inestabilidad, los elementos de estabilización, conocidos como el consenso de Washington, causó estragos en la gestión macroeconómica acrecentando aquellos rasgos que quería inicialmente corregir.

Los regímenes políticos tienen mayor probabilidad de permanecer en el tiempo cuando, aun en tiempos de crisis, se cree que las instituciones democráticas son las mejores para gobernar la vida cotidiana (Fleinderberg, 1997). Según los datos tomados por Latinobarómetro de 1997, en Venezuela y Bolivia hay una preferencia marcada por la democracia (64 y 60 %, respectivamente), con excepción de Ecuador, país que no manifestó un rotundo apoyo a la democracia (el 50% de los encuestados no expresó un apoyo rotundo a la democracia como forma de gobierno). Otro dato preocupante es que se considera que la democracia no se encuentra consolidada (Bolivia, 84%; Venezuela, 85%; media América Latina, 77%), al igual que existe insatisfacción con el régimen democrático (Bolivia, 64%; Venezuela, 63%; media AL, 61%).

Un rasgo que también comparten los países donde hubo colapso institucional fue el bajo apoyo a los partidos políticos y su funcionamiento para la democracia (Bolivia, 60%; Venezuela, 50%; media AL, 63%). Se expresa que la democracia puede funcionar sin partidos políticos, estando Venezuela por sobre la media (Bolivia, 31%; Venezuela, 43%; media AL, 30%). Tanto Ecuador como Venezuela y Bolivia superan la media latinoamericana de desconfianza hacia los partidos políticos (Bolivia, 75%; Venezuela, 77%; Ecuador, 79%; media AL, 67%).

Continuando con los datos sintetizados por Fleinderberg sobre el Latinobarómetro, la desconfianza hacia el Congreso como institución es también más alta que la media latinoamericana, siendo el caso con mayor desconfianza el de Ecuador (Bolivia, 61%; Venezuela, 68%; Ecuador, 75%; media AL, 60%). Un dato significativo es la alta aprobación de que goza la figura del Presidente de la República, la cual es considerada como indispensable para el país (media AL, 67%).

El rendimiento económico de estos países es una variable importante a la hora de intentar explicar por qué sus gobiernos tienden a ser tan

inestables en el tiempo. No es posible señalar que la inestabilidad en el tiempo de estos países sea una cuestión reciente. Tanto Bolivia como Venezuela y Ecuador son países exportadores de petróleo, históricamente dependientes de este recurso para financiar la administración del Estado (Thorp, 1998). En el período que va desde el fin de la Segunda Guerra Mundial y la crisis de la Organización de Países Exportadores de Petróleo OPEP (1945-1973), estos países se dedicaron a la realización de procesos incompletos de industrialización. Debido al bajo precio del petróleo antes de la crisis, esta industrialización sólo pudo llevarse a cabo mediante la emisión de deuda, la cual luego castigó duramente a estos países con la aplicación de medidas neoliberales en América Latina. Las decisiones macroeconómicas en general, fueron tomadas de forma incorrecta en cada uno de estos Estados, puesto que la corrupción era un elemento común en estos países, lo que afectaba el gasto público, la emisión de billetes, la eficiencia de las empresas públicas (los cargos directivos eran nombrados por ellos mismos) y el valor del tipo de cambio para las importaciones.

Para el año 1973 el mundo entraba en recesión (Hobsbawm, 1998). El precio del petróleo aumentó en, a lo menos, 30 veces su precio original, incrementando los costos de producción de todos los bienes del mercado (Pfeiffer, en Lettieri et al, 2000). Los países exportadores de petróleo, agrupados en la OPEP, vieron cómo sus economías se llenaron de dólares, dólares que debían reinvertir de alguna forma para evitar la presión inflacionaria dentro de sus propios países. En el período que va entre 1973 y 1980 los países de América Latina se vieron tentados por la disponibilidad de créditos fáciles, a bajos intereses, que luego llevarían a una cesación sistemática de pagos que dio paso al proceso de renegociación de la deuda bajo el denominado “consenso de Washington” (Williamson, (2002) [1990]). Este proceso fue duramente vivido por la mayoría de los países del continente, ya que debieron aplicarse un conjunto de medidas, que tenían por objetivo inicial, reducir los altos niveles de inflación y deuda externa que han aquejado estructuralmente a la región (Cariola y Sunkel, 1982; Bielchowsky, 1998). Los datos son elocuentes por sí mismos: el crecimiento en el período 1965-1974 fue de un 6,7% anual con un desempeño exportador de 7,1%, frente a un 1,2% en el período 1981-1990 (Bielchowsky, ob. cit). Las 10 medidas sintetizadas por John Williamson pueden sintetizarse de la siguiente forma:

- Reducción del déficit fiscal a no más del 2% en relación al PIB;
- Priorizar el gasto público, eliminando los subsidios y priorizando el gasto en educación y salud primaria;
- Reforma tributaria, ampliando la base impositiva pero reduciendo las tasas marginales de tributación;
- Tasas de interés positivas reales, reguladas por el mercado para evitar la fuga de capitales;
- Tasas de cambio competitivas, fijadas por el mercado que permitan a las economías en desarrollo promover un crecimiento en la tasa de exportación al máximo fijado por su potencial de oferta; la economía debe orientarse hacia afuera;
- Política de intercambio basada en la liberalización de las importaciones, que permita simultáneamente la protección de aquellas empresas recién nacidas y desmantelar a aquellas dependientes del proteccionismo;
- Potenciar la Inversión Extranjera Directa (IED) para fomentar procesos sinérgicos en la economía;
- Privatizaciones para reducir la presión que ejerce el déficit al aumentar la recaudación producto de la venta de empresas;
- Desregulación en materia económica, para evitar la corrupción del período anterior;
- Derechos de propiedad claramente establecidos, pues es la principal debilidad de América Latina para el comercio internacional;

La aplicación de las medidas neoliberales varió de país en país. Hubo países que utilizaron las medidas neoliberales a su favor (como Chile, que mejoró su rendimiento económico a costa de sacrificar la equidad y, en la actualidad, el crecimiento), otros que fueron renuentes a su implementación inmediata (como los casos de México, Brasil y Costa Rica) y otros países que, debido a su fragilidad macroeconómica, finalmente fueron víctimas de las medidas de estabilización neoliberales. No es de sorprender que entre estos casos se encuentren Venezuela, Perú, Ecuador y Bolivia, ni tampoco que el colapso económico y político de estos países haya luego concluido en un proceso de AC de forma pacífica o de forma violenta.

El análisis del colapso del sistema político ecuatoriano debe comenzar con el fin de la dictadura en 1978. Para Flavia Fleinderberg, el período 1978-2010 es el período con mayor competencia electoral en la historia del país, a pesar de la existencia de 3 golpes de Estado y que 3 Presidentes no hayan podido terminar sus períodos (Fleinderberg, ob. cit). La participación ha sido alta en todos los períodos a revisar (72, 7% en 1979; 77, 7% en 1988, 72, 6% en 2006 y 75, 28% en 2010) debido a la obligatoriedad del voto, que es condición tanto para ejercer cargos dentro del Estado como para viajar al extranjero. Los elementos de diagnóstico del período son claros: multipartidismo fragmentado, trasfuguismo, inexistencia de un partido tradicional a nivel presidencial e inexistentes niveles de cooperación entre partidos. Hasta el año 2006, el sistema político de Ecuador se puede caracterizar de la siguiente manera:

- Los electores siempre han removido del Ejecutivo al partido gobernante;
- Los electores han mutado constantemente de espacio ideológico;
- Sólo el Partido Social Cristiano (PSC) ha llegado en 4 ocasiones a segunda vuelta, y sólo una ocasión, en 1984, a la presidencia;
- Desde el 2002 se apoyaron a los candidatos más independientes, y a sus partidos instrumentales (partidos taxis).

El colapso del sistema político venezolano tiene su origen en una combinación entre una sumatoria de malas decisiones macroeconómicas producto de la bonanza del precio del petróleo luego de la crisis de la OPEP en 1973 (Thorp, ob. cit), y debido a la existencia de conflictos internos a nivel político entre los partidos Acción Democrática (AD), COPEI y aquellos actores que reclamaban su participación fuera del bipartidismo establecido desde 1956 (López, 2008). Venezuela, antes del pacto que da nacimiento al bipartidismo entre AD y COPEI (conocido como el Acuerdo de Punto Fijo) se caracterizó por una sucesión de gobiernos de carácter militar y no democrático. Esta tendencia a la injerencia del poder militar en el poder político contribuyó a que el pensamiento de izquierda lograra permear en el ejército. Ya para los años setenta se conformaría el Movimiento Bolivariano de Venezuela (MBV), de corte patriota, desarrollista y que buscaba restablecer los valores típicos de la sociedad venezolana.

La inestabilidad política comenzó en el año 1989, con el denominado “caracazo”, protesta social masiva que salió a las calles de Caracas contra las medidas de liberalización de la economía que estaba realizando el reelecto Presidente Carlos Andrés Pérez. La respuesta del gobierno fue el uso de la Policía Metropolitana y del ejército para reprimir a la sociedad civil, causando una masacre. Para 1992 un joven Hugo Chávez intentará dar un fallido golpe de Estado, que sin embargo llevaría a que en 1993, Carlos Pérez fuera reemplazado en el poder por Rafael Caldera. Caldera llegaría al poder apoyado por el movimiento Convergencia Nacional, anti neoliberal en un inicio. Debido a la inestabilidad política de su gobierno, se vio obligado a pactar con AD e incorporar en su agenda un paquete de reformas neoliberales. Su gobierno vino a hacer lo que el destituido gobierno de Carlos Pérez intentó hacer: abrir la industria del petróleo a la inversión extranjera. Sin embargo, la drástica bajada del precio del petróleo en 1998 (producto, principalmente, de los efectos de la crisis asiática en la demanda del mercado mundial) hizo que el gobierno de Caldera perdiera apoyo. La candidatura de Chávez, ahora aceptando el procedimiento democrático y apoyado por el movimiento Polo Patriótico gana en las elecciones de 1998 con un 56,2% de los votos.

La crisis político-institucional boliviana que se perfiló desde fines de la década de los noventa, derivó en la penetración sistemática de inversiones extranjeras, inestabilidad política, corrupción, agitación social, pobreza, el quiebre de la representatividad y los canales de mediación tradicionales (partidos políticos y parlamento). Todo ello concluyó en la radicalización de los movimientos sociales por la acción directa de bloqueo de caminos, asambleísmo y afiliación obligatoria como mecanismos de presión al gobierno para generar reformas estructurales, como en el caso de campesinos, cocaleros y cooperativistas mineros (Mayorga, 2009). Desde la presencia del Movimiento al Socialismo (MAS) en la cabeza de las protestas sociales en el año 2000, hasta formar parte del sistema político institucional por medio de la vía democrática en las elecciones legislativas del año 2002 y posteriormente con el triunfo de Evo Morales en 2005, al convertirse en el primer Presidente indígena de Bolivia, el movimiento cocalero, junto con campesinos e indígenas, configuran un movimiento social con fuerte arraigo en las bases sociales y posición privilegiada en el gobierno.

Desde el año 2000, los diferentes movimientos sociales adquieren relevancia en la agenda política, en su lucha para la liberación, autonomía, contra el neoliberalismo, el alza del costo de la vida y otras reivindicaciones históricas, marcando el inicio de una nueva fase de transformación en las reglas del juego político, cuestionando el sistema político hegemónico, ya que el Estado se encontraba totalmente deslegitimado y sus gobernantes cada vez más distantes de la sociedad civil. En Bolivia existía el llamado bloque de poder, el cual controlaba los tres principales sectores de la economía: el petrolero bajo el control de once empresas extranjeras que ocuparon la totalidad de los recursos hidrocarburos (explotación, refinamiento y comercialización), la agroindustria con el procesamiento de soya, la minería, donde Gonzalo Sánchez de Lozada tenía una fuerte presencia y la banca privada que desplazó a los Bancos estatales (García Linera, 2010). El proceso boliviano desde el Estado neoliberal hacia el Estado plurinacional comenzó con el desencanto, para pasar por la turbulencia y finalmente, la conformación de un nuevo Estado. La expresión de la crisis del modelo neoliberal en Bolivia comenzó cuando los sectores sociales populares empezaron a movilizarse criticando y rechazando el accionar de la clase política dominante ante tres demandas básicas que articularon el discurso de las organizaciones sociales como actores políticos: la igualdad entre indígenas y mestizos, la nacionalización de los recursos naturales y la idea de autonomía, ejes claves de la protesta popular que legitimó el proyecto de Evo Morales para llegar al poder.

La guerra del agua en Cochabamba en el año 2000 y la guerra del gas del año 2003, significaron los primeros triunfos populares ante el alzamiento ocurrido a causa de los intentos de privatización del agua a una empresa de capital canadiense y las negociaciones para exportar el gas bajo condiciones plenamente favorables para las multinacionales. Estos hechos marcaron el inicio del llamado “ciclo rebelde”, que terminó desestabilizando el poder político y provocando la huida del Presidente Gonzalo Sánchez de Lozada hacia Estados Unidos en 2003, en medio de un escenario crítico de violencia y represión. Esta represión en vez de aplastar las protestas, impulsaron la unión de la multiplicidad de organizaciones de trabajadores mineros, campesinos, indígenas, cocalleros, mujeres y grupos de presión, que constituyeron un bloque político capaz de aunar reivindicaciones históricas, así como demandas recientes, desde la adopción del modelo neoliberal duran-

te la administración de Víctor Paz Estenssoro. Este último a partir del año 1985 transformó el modelo estatista hacia un modelo neoliberal, transformación fundamentada en lo medular por el Decreto n° 21.060, que entregaba los recursos públicos a la empresa privada extranjera, asignándole gran protagonismo en la economía. Destacaron organizaciones que reivindican derechos étnico-culturales como el Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qollasuyu (CONAMAQ), Central de Pueblos Indígenas del Beni (CPIB), la Coordinadora de Pueblos Étnicos de Santa Cruz (CPESC), la Asamblea del Pueblo Guaraní (APG) y, particularmente, la Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB), las cuales se articularon de forma autónoma y horizontal, es decir, establecieron sus objetivos y formas de acción sin intervención de agentes externos que los subordinaran.

Asimismo, el Movimiento al Socialismo (MAS) con Evo Morales a la cabeza, adquiere liderazgo en el escenario político-social boliviano al instalarse como la alternativa institucional para canalizar las demandas y a la vez, salir del caos social. El proyecto político de Estado Nación de corte liberal fracasó en Bolivia, ya que nunca existió un todo nacional homogéneo que le diera sustento, porque históricamente se excluyó a las naciones indígenas que representaban un eje clave en la construcción de identidad boliviana y en su componente social. Sumado esto, a la correlación de fuerzas existente durante los últimos veinte años en Bolivia, donde el capital extranjero junto al bloque de poder dominante conformaban un complejo entramado en la cúspide del Estado, concentrando el 35% del PIB nacional en manos extranjeras y al control de sectores económicos estratégicos como los hidrocarburos, la minería y las telecomunicaciones la riqueza boliviana salía al exterior, profundizando de esta forma la dependencia hacia el capital transnacional.

Dicho punto de quiebre contra el régimen político existente se tradujo en el nacimiento de un nuevo sujeto social, cuya memoria histórica se situaba desde el pasado indígena, pues el componente campesino y minero con una fuerte carga étnica, elaboraba un discurso y un proyecto desde el presente contra el neoliberalismo, dando el salto cualitativo que le permitió a Evo Morales y el MAS llegar a la presidencia en 18 de diciembre de 2005 con el 54% de los votos en una jornada histórica donde sufragó el 80% de la población.

Aspectos metodológicos

Ya nos hemos referido al hecho de que nos encontramos en un nuevo período para el desarrollo del pensamiento sobre Constituciones en América Latina. Para comparar estos países requerimos de una metodología clara para realizar este proceso. Milushka Rojas (ob. cit.) señala que en una comparación deben confrontarse dos elementos globales: formales (códigos, legislaciones, jurisprudencia) e informales (costumbres, convenciones, prácticas interpretativas). El proceso de comparación precisa, a su vez:

- a) Identificación de los objetos de comparación, a mayor cantidad de objetos de comparación, mayor riesgo de un estudio superficial.
- b) Precisión en el marco de análisis, determinada por dos factores:
 - i. La posición del comparatista, distinguiendo entre estudios comparativos del Derecho (realizado de forma neutral entre dos o más Derechos extranjeros); estudio del Derecho interno con método comparado (toma como base de la comparación el Derecho nacional).
 - ii. Extensión de los objetos de comparación:
 - Análisis macrocomparativo: con un objetivo teórico-cultural, de comparar sistemas en su totalidad.
 - Análisis microcomparativo: se elige un objeto concreto para su comparación
 - Análisis Intermedio: se analiza n ordenamientos jurídicos agrupados por criterios culturales o ideológicos, o una sola rama del Derecho (como el Derecho Constitucional).

Continuando con la discusión metodológica sobre qué es lo que se debe comparar y cómo compararlo, Salvador (ob. cit.) señala que el Derecho comparado debe tomar en cuenta cinco elementos metodológicos:

- El método aplicable no puede ser otro que el jurídico.
- La elección de elementos de comparación: la comparación debe exigirse tanto para los ordenamientos jurídicos como para las instituciones. La elección del tipo de comparación im-

plica a su vez la elección entre una micro-comparación (una institución concreta) y una macro-comparación (varias instituciones y ordenamientos).

- La determinación del contexto: el objeto de estudio se define teniendo en cuenta la cultura jurídica y política correspondiente y la distinción de sistema jurídico (*commonlaw* o *civil law*) o de régimen político (democracia, autoritarismo o totalitarismo).
- El método comparado se apoya en la creación y uso de clasificaciones y categorías.
- El problema lingüístico: se da tanto para el acceso a las fuentes (normativas, jurisprudencias y doctrinales) como para transmitir el producto de la investigación (traducción del Derecho extranjero al lenguaje propio).

Resumiendo los elementos mostrados para su aplicación en nuestro estudio, debemos señalar que este estudio *compara Constituciones*, no en su totalidad sino en relación a aquellas secciones donde se esbozan los derechos, garantías y los mecanismos por medio de los cuales se materializan. Ello porque lo que buscamos generar es un equilibrio entre los elementos a comparar y los casos en los cuales se manifiestan. Además, el presente estudio es un *estudio comparativo del Derecho*, ya que no toma a Chile como referente de la comparación, sino que procura establecer relaciones causales de los procesos para su posterior aplicación al análisis de la nueva Constitución en Chile. En cuanto al *alcance del estudio*, éste es *intermedio* puesto que se basa en un estudio que usa una determinada rama del Derecho (Constitucional) y de la Ciencia Política (sistemas políticos). El *contexto en el que se desenvuelve el presente estudio es el del *civillaw* en regímenes democráticos*. Por último, este estudio *no tiene la pretensión de crear categorías ni conceptos*, sino buscar similitudes y diferencias entre los casos elegidos; afortunadamente, *el proceso de traducción del Derecho extranjero se da en una misma lengua*. En el caso de existir otras lenguas, éstas aparecen ya traducidas en los textos, lo que facilita el proceso de interpretación constitucional. Ya resueltos los supuestos metodológicos, avancemos con el análisis de los casos atendiendo los objetivos y variables elegidos.

Derecho comparado sobre Constituciones aspiracionales

Rodrigo Uprimny (ob. cit.) realiza dentro de su análisis una enumeración de nueve variaciones tanto en la parte dogmática como en la parte orgánica de las Constituciones contemporáneas en América Latina. En parte dogmática el autor señala que:

- Se redefine el entendimiento de la unidad nacional, ya no definido por una homogeneidad de las diferencias culturales, por lo que se está frente a un constitucionalismo de la diversidad;
- Se reconoce una igualdad entre las distintas confesiones religiosas, incluyendo las de las poblaciones indígenas;
- Se ampara a los grupos tradicionalmente excluidos, permitiendo la aplicación de justicia por comunidades indígenas en Colombia (artículo 246), Bolivia (artículo 171), Ecuador (artículo 191) y Venezuela artículo (art. 260). Se incorporaron también formas de ciudadanía diferenciada y multicultural. Esta orientación presenta una superación del constitucionalismo liberal;
- Se reconocen amplios derechos no sólo civiles y políticos, sino también derechos sociales, económicos y culturales. Se ha avanzado en derechos colectivos (medio ambiente) y de autonomías. Caso especial es el buen vivir (Capítulo 2, Título II de la Constitución de Ecuador; artículo 306 de la Constitución de Bolivia);
- El reconocimiento de derechos se acompañó con una apertura al Derecho internacional en materia de derechos humanos;
- La multiculturalidad ha erosionado el sistema tradicional de fuentes jurídicas;
- Fuerte compromiso con la igualdad y la no-discriminación;
- Incorporación del concepto de Estado social y democrático en los ordenamientos jurídicos, haciendo al Estado un Estado de justicia;
- El reconocimiento de derechos fundamentales no quedó en el papel, sino que se garantizó con el amparo y/o tutela (artículo 86 de la Constitución de Colombia) y la figura del Ombudsman;

Esta exhaustiva caracterización sobre el cambio dogmático en las Constituciones nos permite advertir características distintas respecto de la tradición liberal inglesa, radical francesa y del naturalismo conservador español. Se integran a las Constituciones actores antes excluidos (minorías étnicas, mujeres, inmigrantes y población socioeconómicamente vulnerable), a la vez que se incorpora uno de los aprendizajes más importantes en materia de dogmática constitucional: los derechos deben tener garantías que los respalden, en caso contrario pasan a ser letra muerta (Guastini, 2001). Uprimny continúa su análisis mencionando siete innovaciones en materia orgánica:

- Fortalecer y ampliar la democracia por medio de mecanismo de democracia directa e instancias ciudadanas de control de la gestión pública (artículo 103 y siguientes de la Constitución de Colombia; artículo 70 de la Constitución de Venezuela; artículos 103 a 133 de la Constitución de Ecuador). Se reconoce la democracia comunitaria en Bolivia y Ecuador;
- Reconocimiento de organizaciones electorales autónomas y especializadas;
- Fortalecimiento de la descentralización, ampliando el número de funcionarios electos, los traspasos de competencias a los territorios y la entrega de recursos a las entidades locales;
- Aumento de control autónomo y capacidad fiscalizadora del Estado, como el poder ciudadano en Venezuela;
- Se robusteció el sistema judicial;
- Se redujeron los poderes del Presidente y se aumentaron los del Congreso, ambos procesos de forma limitada;
- Se crearon organismos estatales autónomos, encargados de funciones técnicas de regulación;

El equilibrio entre la parte orgánica y la parte dogmática es claro, como lo evidencia el autor. Como se ha podido mostrar en trabajos anteriores⁶, *la Constitución Política de Chile creada en 1980 es escasa en derechos, garantista de forma limitada e incompleta en derechos políticos, económicos y sociales*. Este desequilibrio entre dogmática y orgánica explica que, en el caso del artículo 19 número 11 de la Constitución, se dé una jerarquía mayor a la libertad de enseñanza que al derecho a la

⁶ Asesoría a Diputada Karol Cariola, 30/06/2015.

educación (número 10) debido a su explícito reconocimiento en la Ley Orgánica Constitucional de Educación del año 1989 y su sucesora, la Ley General de Educación de 2008. Las condiciones orgánicas para la libertad de enseñanza son mayores que en el caso del derecho a la educación, que se garantiza en los niveles primarios y secundarios, sólo en la educación pública. La importancia de este equilibrio permite que, en el caso de que la Constitución no esté en condiciones de responder a las demandas del soberano, sea reformada en lugar de ser abrogada sea reformada. Peor aún si la Constitución fue hecha en un estado de excepcionalidad, ya que elimina la condición básica del pacto social, vale decir, su legitimidad.

Las soluciones que surgieron del colapso: liderazgos fuertes y Asambleas Constituyentes

Como mencionáramos con anterioridad, el colapso institucional fue una constante en aquellos países donde el sistema político era poco representativo y donde los acuerdos de estabilización de Washington dejaron estragos más que corrigieron los problemas macroeconómicos de estos países. La combinación de estos dos elementos generó una constante de reemplazo del gobierno anterior mediante un proceso electoral amplio que trajo consigo una propuesta de Asamblea Constituyente siendo, en el caso de Ecuador y Venezuela, la base programática de sus candidaturas. Junto con las nuevas Constituciones, en América Latina podemos apreciar el regreso de liderazgos fuertes pero transformadores en Ecuador, Bolivia y Venezuela.

En el caso de Venezuela, el MBR pasó a ser una estructura electoral al servicio de Chávez, y con sólo ese fin. Las diferencias de los distintos adeptos de la candidatura únicamente podían ser resueltas por él, lo que acentuó el carácter personalista de su futuro gobierno. Frecuentemente el período de gobierno de Hugo Chávez se ha dividido en dos, período 199-2006 y período 2007-2013 (Cordero, 2013). En el primer período rige el denominado Plan de Desarrollo Económico y Social, en el que se asientan las bases del Estado social; en el segundo período comenzará el paso acelerado al socialismo a través del Primer Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación. El primer plan tenía como meta romper con la dependencia del petróleo y

alcanzar la justicia social, mientras que en el segundo se declaraba que redistribución de la renta petrolera era vital para alcanzar la felicidad suprema.

El chavismo ha sido duramente criticado tanto desde la oposición como desde el mundo académico. Estas críticas se intensificaron desde la puesta en marcha de los “5 motores del socialismo”⁷. Para Corrales e Hidalgo (2013) hababido tres cambios desde el año 2009: a) las reglas y prácticas autocráticas han cobrado mayor peso; b) el apoyo al régimen ha disminuido; c) la muerte de Hugo Chávez ha puesto en duda el futuro del régimen.

Los autores definen al régimen de Hugo Chávez como un régimen híbrido, en el que coexisten prácticas democráticas y autocráticas simultáneamente y en el que las reglas del juego son utilizadas arbitrariamente en desmedro de la oposición. La hibridez entre autoritarismo y democracia, con una inclinación más hacia el autoritarismo que hacia la democracia, sería la esencia del régimen de Venezuela.

Entre los años 2001 y 2004, el régimen de Chávez se endureció como consecuencia del intento de golpe perpetrado por la oposición. El año 2004 se realizó un referéndum revocatorio contra Chávez, que la oposición perdió. Las elecciones posteriores de alcaldías y gobernaciones le dieron a Chávez el 80% de las alcaldías y 20 de las 22 gobernaciones. El año 2006 ganó las elecciones presidenciales con el 62, 84% de los votos.

Con la llegada de Rafael Correa los indicadores políticos de Ecuador mejoraron considerablemente. El Número Efectivo de Partidos (NEP) disminuyó de 8 a 4; el número de partidos minoritarios aumentó de 4 a 15, entregando mayor estabilidad al sistema de partidos; se estabilizó el fraccionalismo para las elecciones en el Ejecutivo (4, 98) y el Legislativo (5, 68); en dos de las tres ocasiones en que el Ejecutivo tuvo mayoría en el Congreso fue con Rafael Correa; desde 2009, los partidos han perdido parcialmente su carácter regionalista característico, dando a MPAIS y al PSP los mejores índices de homogeneidad a nivel territorial. En síntesis, los cambios que se pueden apreciar desde el año 2002 son:

⁷ Estos son: leyes habilitantes (facultad especial del Presidente para emitir decretos, usada en 1999, 2000 y 2007), reforma constitucional, moral y luces (educación socialista), nueva geometría del poder y explosión del poder popular.

- Elección de un Presidente en primera vuelta con 20 puntos de diferencia;
- Reducción de la fragmentación y el NEP;
- Disminución de niveles de competitividad e incertidumbre en elecciones presidenciales;
- Tendencia de programa a nivel nacional de las fuerzas mayoritarias;
- Aparición de una democracia de mayorías;

Sin embargo, a pesar de las mejoras se dan tres continuidades, a saber: polarización ideológica, liderazgos de estilo populista y dificultad para la cooperación, con tendencia al intercambio de favores.

El rasgo distintivo de Bolivia es su multiculturalidad, lo cual configura las dinámicas sociales que permiten la construcción de la sociedad, específicamente de la nación boliviana. Sin embargo, la pluralidad étnica-entendida como las distintas etnias que componen la población del país- ha sido históricamente negada y ocultada bajo las concepciones liberales sobre la organización política, social, económica y cultural de lo que debería ser un Estado, bajo el imaginario decimonónico. Bolivia es multiétnica y plurinacional porque es un país diverso culturalmente, constituido por 36 naciones y etnias, todas en pie de igualdad frente al Estado. A su vez, Bolivia puede definirse como un Estado plurinacional, con lo que se alude a su condición de país en el que habitan diferentes naciones que deben ser reconocidas en su totalidad, tal cual establece el Artículo 1 de la Nueva Constitución Política del Estado, el cual declara que Bolivia *“se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”* (Constitución Política de Bolivia, 2010).

Asimismo, la Nueva Constitución Política del Estado consta de ejes centrales que marcan el comienzo de una nueva etapa en la historia boliviana, pues toma la pluralidad de identidades y visiones para configurar lo que sería el proyecto del Estado Plurinacional. Los más importantes hacen referencia al reconocimiento de autonomía de las 36 naciones indígenas que componen el país y sus idiomas como lenguas oficiales, pues cada Departamento debe utilizar por ley dos idiomas oficiales, el español y una lengua originaria según corresponda las ne-

cesidades de la población; dotando a la democracia de un carácter directo y a la vez representativo, el derecho a los bolivianos residentes en el extranjero a participar de los procesos eleccionarios, un capítulo completo dedicado a los derechos de los pueblos indígenas concediéndoles libre determinación y territorialidad, derecho a la propiedad del agua y a la colectivización de las tierras para la gestión propia de los recursos insertos en ellas.

Un punto clave de las transformaciones que se han llevado a cabo en Bolivia es el rol del Estado en la Economía. Evo Morales llegó al gobierno con la consigna de nacionalizar los recursos naturales, de modo que en el año 2006 se nacionalizan los hidrocarburos, cuya segunda etapa consistente en tomar el control mayoritario de las empresas petroleras se cumplió en 2008. También se nacionalizó la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL), la mina de estaño más grande del país “Huanuni”, invirtiendo también en la agricultura con la Empresa de Apoyo a la Producción de Alimentos, en la aviación con la creación de la empresa “Boliviana de Aviación” que realiza vuelos tanto dentro del territorio como hacia el extranjero, estableciendo metas de modernización y tecnificación de la pequeña y mediana empresa urbana y rural, industrializar los recursos y redistribuir la riqueza, todo bajo el llamado “Nuevo Modelo Económico Productivo”.

Hacia el año 2008, el Estado boliviano controlaba el 22% del total del PIB y si bien el capital extranjero era permitido, ya no dirigía la economía, sino que debía acoplarse al modelo mediante el pago de impuestos, pues el objetivo era satisfacer primero el mercado interno y luego vincularse con el mercado internacional a través de exportaciones. La economía se ha diversificado en el sentido de transferir recursos al pequeño y mediano productor bajo el liderazgo del Estado. El modelo económico se complementa a su vez con el Plan de Desarrollo, cuya finalidad es que Bolivia sea digna, democrática, soberana y productiva para “vivir bien”, condiciones fundamentales para el desmantelamiento del modelo neoliberal y a su vez, la consolidación del Estado Plurinacional. Generar un nuevo modelo de desarrollo no consiste solamente en la presencia del Estado como conductor del proceso, sino que también en la intervención en áreas estratégicas como la producción y el desarrollo, para aumentar las riquezas internas que permitan alcanzar los objetivos de equidad, protección a los sectores más vulne-

rables, modernización, industrialización e igualdad de oportunidades que propone el gobierno de Evo Morales.

Tal como enfatiza Evo Morales, con una nueva Constitución, queremos que haya igualdad entre los originarios milenarios y los originarios contemporáneos. De esta manera pues, vivir en esa unidad respetando nuestra diversidad fisonómica, también diversidad económica, economías manejadas por las asociaciones, por las cooperativas, respetando la propiedad privada. Sin duda el gran desafío del nuevo indigenismo es proyectarse a través del tiempo, instalándose como un nuevo paradigma en la política de los países, como un proyecto sólido en permanente construcción, pues si el Estado Plurinacional supone el reconocimiento y participación de la multiplicidad de culturas y actores, es un proyecto en permanente cambio, con la agregación de nuevas demandas, problemáticas y discursos, de modo que el indigenismo no signifique la personificación del poder en un líder como Evo Morales. El proceso boliviano junto al nuevo indigenismo demostrará en el largo plazo las reales transformaciones en todas las esferas de sus sociedades, para enriquecer el debate de si es viable un Estado Plurinacional a largo plazo en Bolivia y en el resto de los países de la región, y si estamos frente a lo que sería una nueva era en la historia de América Latina.

Conclusiones: gestión económica y nuevas reglas del juego

A lo largo del presente trabajo hemos podido ver los elementos más importantes del proceso que engloba la creación de nuevas Constituciones en América Latina. Sin quedarnos sólo en el discurso legalista referido a las nuevas normas y su lógica, hemos querido dar una explicación al proceso de creación de nuevas Constituciones como un producto de acumulación de errores históricos que devinieron en el colapso de los sistemas políticos anteriores al nuevo ordenamiento político. Sin embargo, hay un elemento que aún falta por revisar, esto es, cuáles han sido los resultados económicos de estos nuevos gobiernos dotados de nuevas Constituciones.

Los tres casos comparten la existencia de sistemas políticos excluyentes de forma previa basados en el bipartidismo, con lo que cualquier tercera fuerza quedaba inmediatamente excluida del proceso de repre-

sentación política. En segundo lugar, estos tres países se han beneficiado con la crisis del petróleo, sin aprovechar correctamente el éxito del auge en los precios de éste. Por esta razón decidieron sobre endeudarse, lo que con posterioridad los convirtió en presas de la renegociación de la deuda. Producto de estos dos motivos, estas sociedades colapsaron, dando paso a nuevos proyectos políticos cuya finalidad era la refundación política de sus países, lo cual se logró por medio de nuevas Constituciones elaboradas mediante Asambleas Constituyentes. En todos los casos aumentó la participación política, la legitimidad de los gobernantes, la estabilidad del sistema de partidos, y a su vez mejoró la gestión sobre la economía. Los tres casos comparten un buen desempeño económico acompañado por un *boom* en el ciclo de los *commodities*. El precio del petróleo y de los hidrocarburos ha permitido liberar a estos países de las limitaciones que otrora pusieran sobre ellos la deuda externa y el Fondo Monetario Internacional. Libres ahora de aplicar políticas redistributivas, la agenda de izquierda ha podido avanzar con mayor celeridad aunque, en el caso de Venezuela no es posible atisbar una reconversión hacia un modelo de mayor valor agregado que la sola exportación de petróleo.

Como reflexión final cabe precisar que algunos países de la región han dejado pasar la posibilidad de reinventar sus economías y eliminar la dependencia al capital y ayuda extranjera, como está sucediendo con Venezuela. Al ser una decisión política el mantener la dependencia a la renta del petróleo, es cosa de tiempo para que este *commodity* pase por un nuevo ciclo de declinación en su precio para llevar al país a problemas financieros, problemas de salud fiscal y a la consiguiente reducción del gasto social. Gestión económica y participación social son dos caras de una misma moneda. No hipotéquemos, por tanto, el futuro de los pueblos.

Bibliografía

- BIELSCHOWSKY, Ricardo. Evolución en el pensamiento de la CEPAL, en http://www.ses.unam.mx/curso2011/pdf/M1_Lecturas/M1_S1b_JuanArancibia.pdf
- CARIOLA, Carmen y SUNKEL, Osvaldo. Un siglo de historia económica de Chile: 1830-1930: dos ensayos y una bibliografía. Madrid: Edicio-

- nes Cultura Hispánica del Instituto de Cooperación Iberoamericana, 1982.
- Constitución Política del Estado. Agencia para el desarrollo de la sociedad de la información en Bolivia. Gobierno de Bolivia [en línea]. Consulta realizada el día lunes 04 de Julio de 2010. Disponible en <http://www.presidencia.gob.bo/download/constitucion.pdf>.
- CORDERO, José. El proceso político venezolano 1999-2013: Formulación y reformulación de un proyecto de transformación social. Revista ACADEMIA, Trujillo, Venezuela, ISSN 1690-3226, Abril-Junio. Volumen XII (26), 2013.
- CORRALES, Javier e Hidalgo, Manuel. El régimen híbrido de Hugo Chávez. Desafíos, Bogotá (Colombia), (25-1): 45-84, semestre I de 2013.
- COUSA, Javier. Los Desafíos de la Democracia Constitucional en América Latina: entre la Tentación Populista y la Utopía Constitucional. Anuario de Derechos Humanos Chile, pp. 33-46, abril de 2010, en http://www.equidad.scjn.gob.mx/biblioteca_virtual/doctrina/83.pdf
- EDWARDS, Sebastián. Latin America. The Eternal Land of the Future, en Left Behind. Latin America and the False Promise of Populism, Chicago: The University of Chicago Press, 2010.
- FLEINDERBERG, Flavia. Percepciones ciudadanas hacia la democracia y las instituciones políticas en los Países Andinos. Revista Ecuador Debate 50 (2000): 205:218 (Quito: Centro Andino de Acción Popular)
- FLEINDERBERG, Flavia. Los cambios del sistema de partidos ecuatoriano en treinta años de democracia (1978-2010), en Simón Pachano. Eds. La democracia en América Latina, treinta años después. Quito: FLACSO Sede Ecuador (en prensa), 2013.
- GARCÍALINERA, Álvaro. “Del Estado Neoliberal al Estado Plurinacional, Autónomico y Productivo”. La Paz, Bolivia: Presidencia del Congreso Nacional Vicepresidencial del Estado Plurinacional de Bolivia. Año 2, Número 5. 2010.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Colombia: Desafíos y posibilidades de una nación en construcción. Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, año 15, nº 29. Primer semestre de 2013. Pp. 77-97.
- GUASTINI, Ricardo. “Estudios de Teoría Constitucional”. Doctrina Jurídica Contemporánea. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: D.

- F. 2001.
- HOBSBAWM, Eric. Historia del Siglo XX. Editorial Crítica: Barcelona, 1998.
- LETTIERI, Alberto; PFEIFFER, Annette; PONTORIERO, Gustavo; STORTINI, Julio. Los Tiempos Modernos. Del capitalismo a la Globalización, siglos XVII al XXI. Buenos Aires: EdicionesdelSigno, 2000.
- LEVITSKY, Steven et al. Latin America's "Left Turn": A Framework for Analysis (Introduction), en *The Resurgence of the Latin America Left*, Baltimore: John Hopkins University, pp. 1-28, 2011.
- LÓPEZ, Margarita. Venezuela: Hugo Chávez y el bolivarianismo. *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, 2008, vol. 14, n° 3 (sept. -dic), pp. 55-82.
- MAYORGA, Fernando. "*Movimientos sociales, política y Estado*". Avatares y Encrucijadas. Servicio informativo especializado en investigación, ciencia y tecnología [en línea]. La Paz, Bolivia. 2007 [Consulta realizada el día jueves 01 de Julio de 2010]. Disponible en <http://mayorga.pieb.com.bo/articulo1.php>
- MORALES, Evo. "La Tierra no nos pertenece, nosotros le pertenecemos a la Tierra". Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Plurinacional de Bolivia. La Paz, Bolivia. 2010.
- MORALES, Evo. "Logros de gestión del gobierno". Dirección general de planificación y unidad de sistemas del Ministerio de la Presidencia [en línea]. Consulta realizada el día sábado 10 de julio de 2010. Disponible en <http://www.presidencia.gob.bo/download/logro.pdf>
- ROJAS, Milushka. "Importancia del Derecho Comparado en el Siglo XXI" en http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Articulo_de_Investigacion_Juridica.pdf
- SALVADOR MARTINEZ, María. "Derecho Constitucional Comparado en el Contexto de la Integración Supranacional y la Globalización", en <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2707672.pdf>
- SARTORI, Giovanni. Concept Misformation in Comparative Politics, en *American Political Science Review*, LXIV, 1970.
- SARTORI, Giovanni; y MORLINO, Leonardo (Compiladores) *La Comparación en las Ciencias Sociales*. Alianza Editorial: Madrid. España, 1994.
- THORP, Rosemary. *Progreso, Pobreza y Exclusión: Una Historia Económi-*

ca de América Latina en el Siglo XX. Banco Interamericano de Desarrollo, 1998.

UPRIMNY, Rodrigo. “Las Transformaciones Constitucionales Recientes en América Latina: Tendencias y Desafíos”, en Rodríguez Garavito, César (editor) “El derecho en América Latina: un Mapa para el Pensamiento Jurídico del Siglo XXI”. Buenos Aires: Siglo XX Editores. 2011.

WILLIAMSON, John. What Washington means by Policy Reform, en <http://www.iie.com/publications/papers/paper.cfm?researchid=486>

ASAMBLEA CONSTITUYENTE Y NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991: ENTRE LA ESPERANZA, LA REFORMA Y LA CONTINUIDAD DEL CONFLICTO INTERNO

*Patricio GARCÍA***

Introducción

El año 1990 el mapa político del continente mostraba por vez primera en la historia independiente la emergencia de gobiernos civiles, elegidos por el voto popular en el marco de Constituciones políticas liberales. En el plano económico, las reformas neoliberales aplicadas por la dictadura de Pinochet en Chile se abrían camino como la política económica adecuada para dejar atrás la “década perdida” de los años ochenta. Colombia no había conocido Dictaduras de Seguridad Nacional entre los años 1960 y 1990. Tampoco había presenciado el desplome de su economía. Al contrario, la economía colombiana fue la única que creció en Sudamérica entre 1980 y 1989(CEPAL, 1990) en un contexto de crisis de la deuda externa en la región. Al mismo tiempo el país sufría los efectos de un extenso conflicto interno armado. Décadas de violencia política, de guerra interna, acompañados de la expansión y surgimiento de la brutalidad de los cárteles de la droga conformaban un panorama desolador expresado en altas tasas de homicidios y criminalidad. Asimismo, las violaciones a los derechos humanos en el marco de la guerra interna librada en las zonas rurales de la impenetrable geografía nacional instalaron en los sectores crecientes de la sociedad, políticos y movimientos sociales, la necesidad

* Profesor, Licenciado en Educación; Magister y Doctor(c) en Historia por la USACH; Profesor del Departamento de Historia, Facultad de Humanidades, Universidad de Santiago de Chile.

* Este artículo fue enviado sin RESUMEN por el autor.

de refundar la institucionalidad y eliminar las raíces de la violencia con sus consecuencias de miseria y atraso.

En un paso revolucionario la sociedad colombiana, impulsa entre los años 1990 y 1991 una decisión inédita en el siglo XX sudamericano. Con este proceso se buscaba delegar el poder constituyente de la nación al pueblo y promover las reformas de un nuevo Estado. Todo ello se hizo con esperanza y participación popular en pos de superar las heridas de una historia violenta y de una institucionalidad heredera del siglo XIX, premoderna en sus normas y métodos de sancionar las relaciones sociales, enmarcado en las líneas de fuerza de un bipartidismo excluyente y agresivo, así como de un Estado ausente. Este trabajo muestra a modo de síntesis las raíces basales de la violencia en el país, punto de partida de cualquier consideración respecto a la institucionalidad o el Estado. Las esperanzas en el proceso de la Constituyente del año 1990 y las principales reformas de 1991 daban forma a una suerte de transición de la vieja institucionalidad de Colombia a otra que respondiese a los desafíos del siglo XX y que de paso fuera asumida colectivamente como un verdadero “Acuerdo por la Paz”.

Para la elaboración de este trabajo se han utilizado fuentes primarias como los dos diarios más influyentes de Colombia, “El Tiempo”, liberal y “El Espectador”, conservador, así como la influyente revista “Semana”⁸. Como complemento revisamos artículos oficiales de la Presidencia de la República y trabajos académicos acotados al tema de interés. Se adelantan sobre el final algunos comentarios acerca de los cambios y continuidades tras la puesta en marcha de la Constitución de 1991.

La idea central es que en la medida que el conflicto interno se mantenga junto a la despreocupación del Estado colombiano por la integración social a los procesos de modernización de la población campesina, indígena y afrocolombianas y a las políticas oficiales de paz internas, ninguna transición institucional podrá funcionar en plenitud en el país.

⁸ Véase <http://www.semana.com><http://www.eltiempo.com><http://www.elspectador.com>

Sobre la caracterización del conflicto armado colombiano

Dentro de sus peculiaridades, Colombia no ha tenido largos ciclos de dictaduras militares como las que han caracterizado al resto del continente en la segunda mitad del siglo XX. Sin embargo, el predominio de las leyes y la institucionalidad son sólo aparentes, en nada representa la realidad social y política marcada por la intolerancia, el Estado fallido, la violencia y la guerra.

Los estudios y clasificaciones del conflicto han buscado reconocer la atipicidad de éste. En este proceso se han incorporado como bases teóricas de la guerra a Clausewitz, Carl Schmitt en la configuración de la lucha y los ejércitos partidarios, hasta Mary Kaldor y su caracterización de las nuevas guerras en la era de la globalización en particular desde las Guerras en África y Europa del Este (Medina Gallegos, 2010).

Dos vertientes explicativas de la violencia prolongada en Colombia

En tan complejo escenario, resultado de una realidad histórica marcada por el ejercicio de medios violentos para resolver las disputas políticas desde el siglo XIX e instaurada como un medio cultural de las relaciones sociales, dos razones aparecen habitualmente señaladas para entender el origen y la continuidad de la violencia.

Un Estado débil y Ausente

Éste es un vértice central de la violencia del país. Una primera constatación de esta condición emerge de la ausencia física, material e institucional del Estado en vastos espacios geográficos de la superficie colombiana. Según el índice de Fragmentación Geográfica que elabora el Centro para el Derecho Internacional de la Universidad de Harvard (Trejos Rosero, 2012), Colombia ocupa el tercer lugar de 155 países del mundo considerados en el estudio. Las dificultades impuestas por una geografía impenetrable sin duda explican mucho de esta circunstancia. Colombia es un país andino, caribeño, pacífico y amazónico con insolubles dificultades para las conectividades e interacciones regionales.

Las ausencias del Estado han sido denominadas de modos diversos en el campo de los académicos e intelectuales buscando una caracterización que le pudiera corresponder. Aparecen con frecuencia conceptos tales como Estado colapsado o débil, y más recientemente se ha agregado el de “Estado Fallido”. La tesis del colapso del Estado de Paul Oquist 1978 (Palacios, 2012), es bastante tradicional y explica la violencia de los años 1946-1966, que dejó el triste legado de doscientos mil muertos. Las consecuencias de la debilidad y ausencia del Estado son variadas. Por una parte, impide la unidad nacional y dificulta la inclusión ciudadana. Cuando se hace referencia a la ausencia del Estado, no sólo se hace mención a la materialidad de sus instituciones de concertación social, también se considera la ausencia de infraestructura, de políticas sociales, de escuelas y centros de salud.

Esta situación tiene origen histórico y se remonta al siglo XIX. Tras la Independencia Nacional los partidos Conservador y Liberal se disputan el control del Estado hasta la guerra de “Los Supremos” de los años 1839 y 1840. Controlado el Estado por estos dos partidos en un tejido clientelista, la acción y los recursos operan para satisfacer sus requerimientos excluyendo cualquier competencia posible o “Tercera Fuerza”. Estas élites políticas se concentran en las tres mayores zonas urbanas económicamente más rentables y desde el punto de vista político-administrativo decisivas (Bogotá, Medellín, Cali) y eventualmente en la costa Atlántica, dejando el área rural y andina en el abandono. Los Departamentos de Bogotá, Antioquía y Valle suman entre 1990 y 1995 un 13, 4% al crecimiento de Colombia. Las zonas abandonadas y de guerra como Córdoba lo hacen con 0, 8%, Tolima 0, 7% y Chocó 0%(CINEP, 2011). La tendencia demográfica del país en las últimas dos décadas del siglo XX evidenciaba una creciente urbanización de tasas de 57, 7%. Los espacios territoriales que no son foco de interés del Estado caen bajo el control de los grupos armados más fuertes de la zona. En algunos territorios como el Meta o Córdoba la ausencia del Estado permite el control total de los grandes ganaderos y sus autodefensas. En zonas rurales en que la violencia se constituyó en una referencia identitaria permanente, las autodefensas campesinas dieron forma a organizaciones guerrilleras que terminan hacia 1966 y 1976 controlando el 42% del territorio nacional (Molano, 2008)⁹.

⁹ También en del “Llano al llano” de Molano Alfredo.

La organización guerrillera más importante del país son las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia- Ejército del Pueblo (FARC-EP), fundadas en el año 1965 y constituidas inicialmente por el Partido Comunista colombiano de 1930, y autodefensas campesinas del período de “la violencia”. Otras organizaciones de menor impacto, control territorial y poder militar son el guevarista Ejército de Liberación Nacional (ELN), el maoísta Ejército Popular de Liberación aún en operaciones, desmovilizado desde 1991, el Movimiento 19 de abril (M-19), desmovilizado desde 1990 e integrados al sistema político –institucional desde 1991-, entre otros. Desde los años ochenta debemos integrar al cuadro de los actores irregulares armados al paramilitarismo de extrema derecha que controla las zonas conectivamente vitales de Urabá, Córdoba, y Antioquía. Unificadas por los hermanos Castaño Gil y vinculadas a los ganaderos y caciques locales, anticomunistas, de sello reaccionario y vinculación originaria con los cárteles de la droga, políticos y Presidentes de la República, legales en su existencia desde 1965, las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) se constituyeron en un recurso vital para la obtención de triunfos militares sobre las guerrillas entre 1998 y 2009. Esta expansión militar fue acompañada de una secuela atroz de violaciones a los derechos humanos, y más de un millón de campesinos desplazados.

El narcotráfico se convierte también en actor político desde los años ochenta como resultado de la declaración de guerra a las drogas del gobierno de Ronald Reagan. Devienen en poder para estatal en el siglo XX en vastos territorios colombianos carentes de toda presencia institucional. Hasta la década de los ochenta la actitud del Estado y las élites ante el comercio de drogas era ambigua. Se trataba de la época del comercio de la marihuana a los EEUU conocido como la etapa “marimbera” del narcotráfico. El ex Presidente Ernesto Samper proponía a la prensa colombiana en 1979, la legalización de la marihuana y lo hacía desde el importante cargo de Presidente de la Asociación Nacional de Instituciones Financieras (ANIF). Samper Pizano aseveraba que: “La legalización no consiste en dejar la marihuana al garete sino **en demarcar su cultivo, comercio, y consumo dentro de las leyes y normas que rigen nuestra nación**” (Tokatlian, 1999). Algunos años más tarde, Colombia se convertía en un camino abierto para el paso de la cocaína desde los Andes sudamericanos. En Colombia se realizaba su procesamiento químico en zonas sin control estatal, como Antioquia o el Guaviare.

Se afinan y potencian los carteles de Medellín, Cali y la Costa bajo los liderazgos de Pablo Escobar Gaviria y los hermanos Rodríguez Orejuela, enriquecidos en un negocio ilícito que generaba ganancias infinitas. El mercado de la droga era EEUU. El Presidente Reagan señala las drogas como una amenaza a la seguridad nacional, declara la guerra en particular a los focos productores y exportadores como Colombia y sus barones mafiosos. Los EEUU exigen la extradición de capos como Escobar, los hermanos Ochoa, Carlos Lehder, y Gonzalo Rodríguez Gacha del cártel de Medellín para ser juzgados en 1984.

Es así como delincuentes comunes adquieren estatus político para oponerse a la petición de extradición norteamericana. Extienden sus redes mafiosas al poder judicial y legislativo. Pablo Escobar es elegido Senador de la República en representación de uno de los dos partidos legales de Colombia, el Liberal, y finalmente le declara la guerra al Estado. Asesinan al Ministro de Justicia Rodrigo Lara Bonilla en 1984, y a tres candidatos presidenciales en 1989, Luis Carlos Galán del Partido Liberal, Carlos Pizarro del M-19, y a Bernardo Jaramillo Ossa de Unión Patriótica. Junto a esto realizan secuestros, explotan autos bomba en las ciudades más pobladas, y son responsables del aumento exponencial de la criminalidad colombiana a tasas de 400 por cada 100 mil habitantes en la ciudad de Medellín en 1990 (Pecaut, 1997). El narcotráfico es un actor más de la violencia del país potenciado por la ausencia del Estado. Hacia 1990 como actor político participa de activas negociaciones con el gobierno del Presidente Álvaro Barco para evitar su extradición a cambio de deponer sus acciones armadas y ser juzgados en Colombia. Como lo presentaba Pablo Escobar “mejor una tumba en Colombia que una cárcel en los EEUU”¹⁰.

Estas debilidades del Estado han impedido la puesta en marcha de políticas efectivas, continuas y socialmente sustentadas frente a la violencia delictiva y los grupos “alzados en armas”.

Un componente basal en la violencia del país se podría caracterizar como el de un Estado que se relaciona con la población y el territorio nacional por la desidia y el abandono.

¹⁰ Véase El Comercio. pe, “Ruta de Pablo Escobar: un tour que narra la vida del capo colombiano”: <http://elcomercio.pe/turismo/1373739/noticia-ruta-pablo-escobar-tour-que-resalta-vida-capo-colombiano>.

El Sistema político Bipartidista.

Este factor es una constante de la violencia política colombiana. Fue la guerra civil de “los Supremos” de los años 1839 y 1841 la que produjo la división y diferenciación entre los partidos tradicionales que cruza toda la historia nacional impidiendo por la vía legal-institucional o de la violencia el surgimiento y afianzamiento de una tercera fuerza política (Palacios, 2012). “En Colombia se es o no se es Conservador o Liberal por una especie de determinismo uterino. La filosofía de los partidos no juega papel alguno en la filiación política de sus adherentes de base”(Guzmán, 1968).

El bipartidismo no tuvo un funcionamiento consensuado respecto del poder y su ejercicio sino hasta el año 1957. Entonces, bajo el gobierno de Rojas Pinilla a través de un plebiscito, en que votaban además por vez primera las mujeres, se aprobaba el ejercicio compartido del poder político en el llamado “Frente Nacional”. Éste contenía en su seno la memoria colectiva de la época de “la violencia” que hizo a los colombianos parte de la lucha Liberal-Conservadora. La política del “Frente Nacional” se extiende en el país desde 1958. En los inicios, esta política se proyectó para que Liberales y Conservadores se sucedieran en el gobierno de la nación por diecisiete años, su modificación recién se produciría en la Constitución de 1991. El bipartidismo llevó al inmovilismo político e impidió transformaciones profundas en la sociedad. Un ejemplo de esto es la “reforma agraria” de la década de los años sesenta.

Al igual que la reforma agraria chilena, ésta contaba con el respaldo de los EEUU y la política de “Alianza para el Progreso”(Pereira & Martínez, 1995) y fue rápidamente desmontada por el Presidente Misael Pastrana Borrero.

La Unión Patriótica (UP) la “tercera fuerza” aniquilada.

La exclusión de competidores “sistémicos” es un rasgo permanente del bipartidismo colombiano. El mejor ejemplo del siglo XX lo constituye la incorporación política de la “Unión Patriótica” (UP), del Partido Comunista colombiano en 1985-86 y su posterior exterminio.

La UP nace como consecuencia de los diálogos de paz impulsados por el Presidente Belisario Betancur y las FARC que culminan en el llamado “Acuerdo de la Uribe”. Como parte del acuerdo y en el marco de la línea táctica del PCB de “todas las formas de lucha” desplegadas desde 1961, parte de los cuadros y militantes fareanos se aprestan a participar del sistema político a través de una organización política sin que ello haya significado terminar con la organización guerrillera. La UP obtiene importantes triunfos electorales en alcaldías y curules entre 1985 y 1989, en especial en el noroccidente del país. Obtienen cinco senadores y nueve diputados en el año 1988 en las primeras elecciones de la historia de Colombia con sufragio universal. Pero también y como una muestra de la intolerancia y el carácter excluyente del bipartidismo sufre los rigores del exterminio de sus militantes.

El 17 de julio del año 2013, la Magistrada Susana Buitrago devuelve la legalidad a la UP. Con el fallo, esta organización podrá acceder a la financiación del Estado y presentar candidatos en las próximas elecciones de país. De acuerdo a los reportes del relator de la Naciones Unidas, Amnistía Internacional, y la Defensoría del Pueblo de Colombia, la UP fue víctima de un genocidio (El Tiempo, 2013). Entre 1985 y 1989 fueron asesinados ochocientos miembros y activistas. Cinco mil más sufrieron ataques, fueron asesinados siete congresistas, trece diputados, sesenta y nueve concejales y trece alcaldes además de los candidatos presidenciales Jaime Pardo Leal, en 1985 y Bernardo Jaramillo Ossa, en 1989. Destaca en este proceso de exterminio la masacre de Segovia, Antioquia de 1985 que dejó cuarenta y tres militantes asesinados. Las cifras sobre el exterminio de los militantes de Unión Patriótica es variable, no hay claridad aún. Tras esta política se encontraba una variada mezcla de actores políticos, militares, caudillos locales, capos del narcotráfico, y paramilitares que despliegan una guerra sucia con acciones que violan el Derecho Internacional Humanitario. Por lo tanto, el bipartidismo y sus externalidades son otra base profunda de la violencia colombiana, junto a la ausencia del Estado.

Hacia el año 1990 era impensable para la ciudadanía participar activamente de los nuevos senderos de la democratización mundial, y de las posibilidades de la modernización productiva sin realizar cambios profundos en la vida política nacional y en la institucionalidad. No era

posible seguir por las mismas rutas que sólo reproducían la violencia y la pobreza.

El camino al cambio político, la Asamblea Constituyente y la Constitución de 1991.

Breve mirada al pasado constitucional colombiano

En 1990 la institucionalidad colombiana era heredera del siglo XIX, y por lo tanto, de los acuerdos de los dos principales partidos políticos, liberal y conservador, respecto de la construcción de la nación y el predominio en el Estado. La Constitución que prevalece es la de 1886 que se instala tras un largo período de guerras civiles en que cada sector triunfador le impone a los vencidos una Carta Fundamental. Por ello, en la historia constitucional colombiana a las Constituciones del siglo XIX se les denomina “Cartas de Batalla”.

La Constitución de 1886 fue sometida a tres grandes reformas en la primera mitad del siglo XX. En cada una de ellas el “constituyente primario” nunca fue el pueblo, así lo estipulaba el artículo 2 de la Ley Suprema de 1886. El poder estaba concentrado en los “individuos” de una u otra Cámara que representan a la nación entera y “deberán votar representando únicamente el bien común” (Valencia, 1990). La Constitución de 1886 expresaba una tensión entre centralismo político y descentralización administrativa. En Colombia, se aprobaba que la religión católica era la única religión de la nación, prohibiendo las demás hasta el año 1930. En 1905 se reforma la Constitución instituyéndose el principio de “representación de minorías” con el objetivo de favorecer a la segunda fuerza política del país. Se estableció el llamado voto limitado o incompleto, por esta vía la votación mayoritaria se adjudicada los dos tercios del Congreso. En 1910 se crea la figura de la acción popular de inconstitucionalidad y en 1936 se reconocían los derechos laborales y a la propiedad, en su función social. Con la reforma de 1957, el artículo 13 del Decreto Legislativo 247 disponía que todas las reformas constitucionales “sólo podían hacerse por el Congreso en la forma establecida en el artículo 218 de la Constitución” (Valencia, 1990).

En ningún caso puede haber convocatoria al pueblo. Esta reforma puso fin a la época de “la violencia”, y promueve el Frente Nacional en que liberales y conservadores deciden distribuirse el poder político alternándose en la presidencia entre los años 1958 y 1974(Jaramillo, 1991).

La Asamblea Constituyente: “setenta hombres y un destino”.

Hacia 1988, bajo la presidencia de Álvaro Barco, comienza a tomar fuerza la tesis de convocar a la ciudadanía para transformar la Constitución política en cuanto la crisis profunda que atravesaba el país expresada en la violencia cotidiana, guerrillera, del narcotráfico y del paramilitarismo encontraban en una institucionalidad inadecuada y excluyente un motor para prolongación y expansión.

En un artículo del diario liberal **El Tiempo**, de Bogotá, del 11 de Noviembre de 1990, titulado “Los Yuppies Constituyentes”, se relataba el itinerario seguido por los artífices de la Constituyente colombiana de 1991. Se trata del Presidente Cesar Gaviria y de los abogados Fernando Cepeda, y Fernando Carrillo, todos ellos con estudios en prestigiosas universidades como Harvard. A partir de 1988, estos yuppies se habrían empeñado en proponer una reforma constitucional por la vía de un plebiscito o una asamblea constituyente “siempre y cuando el pueblo lo convocara”. En la edición del diario El Tiempo, se consiga la publicación de Fernando Carrillo respecto de la posibilidad de usar en las elecciones de 1989 la llamada “Séptima Papeleta”, destinada a que el pueblo colombiano decidiera, junto con elegir alcaldes y congresistas, si aceptaba modificar la Constitución de 1886. Esta iniciativa recobrará vida en 1990, cuando Gaviria se convierta en Presidente de la República en reemplazo del líder del llamado Nuevo Liberalismo, Luis Carlos Galán, asesinado por el cartel de Medellín en Soacha, Cundinamarca, en noviembre de 1989. La clase política percibe un agotamiento de las viejas formas de poder político clientelista, un avance territorial de los grupos armados, en particular de las FARC y el protagonismo de movimientos políticos que amplían la representación de nuevas fuerzas sociales como los indígenas y el movimiento estudiantil.

Este último juega un papel fundamental en el proceso de la constituyente, a través del movimiento “Todavía Podemos Salvar Colombia”. Sus líderes, Catalina Botero, Óscar Ortiz y Fernando Carrillo, promueven la necesidad de consultar, en papeletas separadas, a la ciudadanía sobre la reformatura de la Constitución. La administración de Gaviria apoyado en una coalición pluripartidista que integra, además de liberales y conservadores, a dirigentes del movimiento guerrillero desmovilizado M-19, respaldado por los principales órganos de expresión de liberales y conservadores, los diarios “El Tiempo” y “El Espectador”, impulsa la Constituyente.

El contexto nacional se torna cada vez más propicio y esperanzado en torno a esta posibilidad considerada un salto de modernización y democratización en el contexto de la violencia colombiana. En términos concretos en las elecciones locales y en papeletas separadas los electores son convocados a decidir si están de acuerdo con reformaturar la Constitución Política. Tras cuarenta días de campaña, el 9 de diciembre de 1990 se convocó a elecciones para escoger a los setenta estadistas responsables de redactar la nueva Constitución de Colombia y formar parte de la Asamblea Nacional Constituyente. Estos 70 estadistas cuya misión era fijar el nuevo marco constitucional de la Nación, fueron elegidos por el voto popular pulverizando socialmente los enclaves constitucionales que lo impedían y dejaban como único poder constituyente al Congreso Nacional. Había entre ellos una variopinta muestra de Colombia: desde el entrenador de la Selección Colombia en Italia 1990 Francisco Maturana, hasta ex guerrilleros como Navarro Wolff, intelectuales como Orlando Fals Borda, líderes indígenas, Pastores de las Iglesias Evangélicas como Arturo Mejía, y representantes avezados del bipartidismo como Horacio Serpa, o Álvaro Gómez (El Tiempo, 1991). Estos delegados sesionarían en Bogotá entre el 5 de Febrero y el 4 de Julio de 1991. El Presidente Gaviria además logra el acuerdo político para este proceso con los Conservadores y el desmovilizado Movimiento 19 de Abril, M-19. El día 26 de agosto de 1990 expide el decreto 1926 por el cual y en medio del Estado de Sitio imperante por 70 años “invita al pueblo a manifestarse si estaba de acuerdo o no con la convocatoria a la Asamblea constituyente”.

De un total de 29 listas inscritas, 45 delegatarios fueron elegidos a través de cuociente electoral y los 25 restantes por residuo.

Cuadro N°1

Votos Habilitados	14. 237. 010
Depositados	3. 710. 557
Si	2. 998. 963
No	74. 055

Cuadro N°2

Votos Por Partidos	
Liberales	28%
Alianza Democrática M-19	26. 75%
Grupos Conservadores	26. 34%
Unión Patriótica	2. 56%
Fuerzas Sociales	6. 9%

Fuente: *Diario "El Tiempo", 12 de Diciembre de 1990.*

Quedan a cargo de la Presidencia de la Asamblea Constituyente los líderes de las tres organizaciones políticas más votadas. Éstos son Horacio Serpa por el liberalismo, Antonio Navarro Wolff en representación de M-19, y Álvaro Gómez por los distintos grupos vinculados a los Conservadores.

El debate político sobre las reformas y las expectativas ante la nueva Constitución.

Desde el Liberalismo, partido que representa el Presidente Gaviria, las expectativas ante el proceso político en desarrollo son altas. Se señala al proceso de elaboración con participación popular de la nueva Constitución política como inédito, un salto al futuro, de avance democratizador y modernizador necesario en esta etapa de la historia del país que lo pone a la par de los procesos de democratización en despliegue en el mundo en general y en Sudamérica en particular (El Tiempo, 1990). Sus primeras opiniones en su órgano de expresión tradicional aparecen genéricas, tradicionales y sin mayor brillo:

“La reforma a la constitución que adopte la Asamblea nacional constituyente deberá someterse a un referendo popular. Debe apuntar al sostenimiento de los derechos del hombre y del ciudadano y el

fortalecimiento reestructuras que aseguren la destrucción de todo privilegio”(El Tiempo, 1990).

Es Horacio Serpa quien expone lo específico de la propuesta del Partido vinculado a las dobles exigencias de adecuarse a los objetivos del proceso reconstituyente en marcha y a la demanda expuesta por los movimientos sociales impulsores significativos del proceso. En primer lugar la define como un Acuerdo institucional capaz de zanjar la larga y lacerante época de violencia y guerra que ha desangrado al país. “La nueva Constitución tiene que ser un tratado de paz un nuevo Pacto social que contenga las reglas del juego que todos aceptamos voluntariamente y de manera pacífica”.

A través de Serpa los liberales exponen como debe ser tratado el polémico tema del bipartidismo uno de los vectores más determinantes de la violencia. Su propuesta en este caso no es clara, no se define como ampliar el sistema de partidos, se concentran sólo en los espacios y formas de participación política de la ciudadanía: “La democratización de la vida política del país se logra creando canales e instrumentos de participación que le permitan a **todas aquellas personas e instituciones con verdadera vocación democrática ejercer la política dentro de lineamientos éticos**” (El Tiempo, 1990).

El eje de las propuestas liberales apunta sobre todo a construir un marco institucional que permita resolver la guerra y la violencia. Para los conservadores, tributarios del Pensamiento social de la Iglesia, la nueva Carta Fundamental debe contener una moderna y activa legislación respecto de los derechos humanos. “La Carta Fundamental de la Nación debe dar cabida a una concepción más amplia de los derechos humanos debe consagrar derechos para todos” (El Espectador. com, 1990) En relación a los liberales sus tradicionales adversarios y el bipartidismo no ofrecen tampoco cambios profundos. Así lo presenta el ex Presidente Misael Pastrana Borrero: “Con ellos con el liberalismo es que nos vamos a entender porque sabemos que ellos y nuestro partido han hecho la Historia de Colombia. Una Historia que no puede será asaltada por sorpresa” (El Tiempo, 1990).

Ambas fuerzas políticas, liberales y conservadores, coinciden en el acoso al M-19 que desde la década de los ochenta se volcó a lucha armada. El M-19, es conocido por acciones militares marcadas por el desastre como

la toma del Palacio de Justicia en 1985. Muertos sus dos líderes fundadores, Jaime Bateman y Carlos Pizarro, en pleno proceso de reinserción, la organización participa de la Asamblea Constituyente con el objetivo político de posicionarse como aquella “tercera fuerza” que el bipartidismo agresivo e institucionalizado no ha tolerado en la Historia Nacional. Tanto para el M-19 como para la Unión Patriótica la nueva Constitución debe impulsar cambios en el Estado, ampliar el bipartidismo, pero también dar cabida a nuevos grupos sociales, terminar con el Estado de sitio, impulsar reformas sociales y repensar el modelo de desarrollo del país. Cuentan para ello con participación en la Asamblea Constituyente.

La Constitución Política de Colombia fue aprobada por el 90% de la población en 1991. Con esto entra en funcionamiento la Carta Fundamental. Sus 380 artículos permanentes y 60 transitorios tienen como finalidad “facilitar el tránsito entre la antigua y nueva Constitución”.

La exposición de los derechos económicos, sociales, culturales, colectivos y medio ambientales en los artículos 11 al 82 convierte a esta Carta Política institucional en una de las más completas del continente en lo que se refiere a la protección y salvaguarda de los derechos humanos de toda América Latina. En efecto la Constitución de 1991 asume que los convenios internacionales en materia de derechos humanos equivalen a normas internacionales y son por tanto, materia de ley de la República (Jaramillo, 1991).

La presentación oficial de la Constitución de 1991, un marco de esperanzas.

Donde mejor se evidencian las expectativas políticas fundacionales respecto de la Constitución de 1991 es durante su oficialización por el Presidente César Gaviria, en el Salón Elíptico del Capitolio de Colombia el 5 de julio de 1991. Destaca el Presidente el carácter fundacional para Colombia de este nuevo marco institucional. Señala que se está frente a un nuevo país, a: “Una verdadera revolución pacífica **se ha partido en dos la Historia de Colombia.** Estenuevo país que tenemos por delante basado en una Constitución bien distinta a de 1886 que se expresará por medio de una democracia participativa” (El Tiempo, 1991).

Enfatiza el carácter de acuerdo por la paz de la Constitución y del proceso que a ella condujo: “La Carta de 1991 es un tratado de paz, el nuevo instrumento para la reconciliación. Hemos iniciado que no concluido lo que el Presidente López Pumarejo llamara “la liquidación amistosa del pasado” esa cancelación cordial del, peso abrumador de rencores y prejuicios que requería la Nación para ser próspera”. El reconocimiento al ex Presidente López se explica porque fue el primero en intentar una reforma constitucional sin pasar por el visto bueno del Congreso y el cerrado bipartidismo de la Constitución de 1886.

En tiempo presente el llamado a la paz en el país debe integrar y hacer un llamado a los actores armados de la guerra, las guerrillas de las FARC y ELN a los que se refiere el Presidente Gaviria de modo particular: “Atrás ha quedado también cualquier pretexto para la lucha armada como instrumento de acción política. Después de **esta revolución pacífica** la prédica y la práctica de la violencia serán formas arcaicas de la mayor fuerza reaccionaria” (El Tiempo, 1991).

Destaca las bases democráticas y participativas de la Constitución. Sin decirlo explícitamente, se trata de una vuelta al constituyente popular jamás existente en la historia del país como en la de otros en Sudamérica como Chile. Participó el movimiento estudiantil, los indígenas las mujeres, dando forma lo que llama una “democracia participativa”. “No más injusticias, no más privilegios no más atropellos respetemos la dignidad de todos, vivamos juntos en paz” (El Tiempo, 1991). Termina su intervención con la arenga de “Colombianos bienvenidos al futuro”, que albergaba las mayores expectativas de cambio en este proceso político-institucional.

Grandes Reformas en la Constitución de 1991 (Constitución Política de Colombia, 1991).

Entre las grandes reformas contenidas en la Constitución de 1991 se pueden señalar las siguientes:

- 1– **Cambios en la libertad de cultos**, que cesa la hegemonía de la Iglesia Católica y reconoce la existencia en el país de 19 religiones distintas.

- 2- **Fiscalía General de la Nación.** Comenzó a operar el 1 de julio de 1992 tiene por objetivo recolectar pruebas para la acción de la justicia.
- 3- **Estados de Excepción.** Establece tres estados de excepción: guerra exterior, conmoción interior y emergencia. Reemplaza al estado de sitio prevaleciente por setenta años contenida en la Constitución de 1886.
- 4- **Minorías étnicas y equidad de género.** Que establece un mínimo de 30% destinado a las mujeres en los cuerpos colegiados.
- 5- **Democracia participativa.** Señala que los ciudadanos no sólo eligen a los gobernantes sino que cuentan con mecanismos de participación directa en la toma de decisiones, como el plebiscito, referéndum, y cabildo abierto.
- 6- **La elección popular de gobernadores.** Éstos hasta 1990 eran nombrados por el Presidente de la República.
- 7- **Defensoría del Pueblo.** Su preocupación se centra en el respeto a los derechos humanos y la promoción del Derecho Internacional Humanitario.
- 8- **La acción popular** Que consagra la protección de los derechos e intereses que tienen que ver con la promoción de un ambiente sano y la moralidad administrativa.
- 9- **Una nueva familia.** Estableció que el Estado y la Sociedad deben prestar protección integral a la familia y al mismo tiempo las relaciones del grupo familiar deben fundarse en la igualdad de derechos y deberes de pareja.

Conclusiones: El balance posterior una revolución democrática y paz interna en espera.

Ya en su primer año de vida la Constitución Política de 1991 recogía críticas crecientes por parte de la opinión pública del país. En el editorial del 27 de julio de 1992 el diario “El Tiempo” (El Tiempo, 1992), lo expresa con claridad. Bajo el título de “¿Se hará Justicia?” el editoria- lista enfatiza un ambiente nada festivo para el primer aniversario, es un hecho que la Constitución ya no despierta el mismo fervor. “La paz, el respeto de los derechos humanos, la moralidad administrativa, la re-

novación política, banderas que se alzaron para defender la necesidad de una reforma tan profunda como la que hoy se dio, parecen hoy tan remotos como antes” (El Tiempo, 1992).

Las razones son variadas, En primer término las dificultades provienen de la misma Carta constitucional en sus excesivos planteamientos jurídicos y las capacidades instaladas en la sociedad colombiana para lograrlos. La reglamentación se hizo lenta, las leyes impracticables, en particular en las reformas de la Justicia. No parece haber concordancia entre los cambios de procedimientos y de mentalidad, en especial a nivel de los jueces de instrucción. La acción de la justicia es motivo de desaliento porque la violencia, y la impunidad estaban en las bases de la acción reformista. Se reconocen avances en la Fiscalía General, en la instalación del Derecho Internacional Humanitario como ley nacional pero ello requeriría de una investigación específica.

Respecto del logro del respeto a los derechos sociales, hay también avances. Por ejemplo en lo relativo a la equidad de género, desde la aplicación de la Constitución de 1991, el porcentaje de mujeres senadoras aumentó de 6, 48% entre 1994-1998 a 12, 7%. El total de gobernadoras por su parte, crece de 3, 7% entre 1993-1995 a 6, 25% entre 1995-1997 (Córdoba, 2003).

Sin embargo el aspecto más determinante e inmovible de la realidad colombiana por lo que ninguna Constitución por bien intencionada que sea habría de funcionar, radica en la continuidad del conflicto interno que en el siglo XXI ha tenido momentos de expansión regional¹¹. En efecto a veintidós años, la guerra continúa y las políticas estatales han seguido mostrando una baja eficacia para resolverlo. Esto no obstante la valoración que tuvo la “Política de Defensa y Seguridad Democrática” impulsada por Álvaro Uribe Vélez hasta entre el año 2002 y 2009, por los círculos oficiales del Departamento de Estado de los EEUU. La valoración de la política uribista estriba en la reocupación del Estado de parte del territorio nacional ocupado por los “alzados en armas”, la desmovilización y extradición de los paramilitares de las Autodefensas (AUC), y los éxitos tácticos sobre las FARC-EP que desmembró su jefatura entre los años 2008 y 2009.

¹¹ Los años 2008 y 2009 el gobierno de Álvaro Uribe vivió tensos momentos con el gobierno de Ecuador, tras la muerte en territorio de ese país del comandante de las FARC-EP Raúl Reyes.

El conflicto armado de carácter interno continúa en el interior del país. Con este componente del contexto, la revolución democrática -anunciada por Gaviria en 1990 como ese país que aunaba democratización y modernización- no llegaría jamás ahogada por las balas. Pareciera que hoy la Carta constitucional de 1991 es un referente legal e institucional que no despierta gran emoción aunque se valora sobre todo la participación social en todo el proceso de cambios institucionales, ejemplares respecto de otros países de la región en que también se exigen por parte de la ciudadanía reformas a la institucionalidad, como ocurre en Chile.

Bibliografía

- CEPAL, C. E. (1990). *Del crecimiento económico al crecimiento con equidad*. Santiago de Chile.
- CINEP. (Junio del 2011). *Revisa Controversia N°196 3ª etapa*.
- CÓRDOBA RUIZ, P. (2003). *Corte Constitucional Sentencia C-371 de 2000 y resultados de las elecciones 2002*. Bogota, Colombia.
- GUZMÁN, G. (1968). *La violencia en Colombia*. Bogota, Colombia: Ediciones Progreso.
- JARAMILLO, J. F. (1991). *La Constitución de 1991 como respuesta a los problemas de Colombia*. Bogota: Universidad Nacional de Colombia ISSN 0122-1018.
- Los años 2008 y 2009 el gobierno de Álvaro Uribe vivió tensos momentos con el gobierno de Ecuador, tras la muerte en territorio de ese país del comandante de las FARC-EP Raúl Reyes*. (s. f.).
- Los conservadores y la constituyente*. (17 de Noviembre de 1990). Obtenido de El Espectador. com.
- MEDINA GALLEGOS, C. (2010). *Estudios Históricos sobre el conflicto armado en Colombia. Los casos ELN y las FARC-EP*. Colombia: Universidad Nacional, Doctorado en Historia.
- MOLANO, A. (2008). *Crónicas de la Violencia* (Vol. Segunda reimpresión: diciembre del 2011). Bogota, Colombia: Él Áncora Editores.
- PECAUT, D. (1997). *Presente, Pasado y Futuro de la Violencia en Colombia*. Bogota: Universidad Nacional de Colombia publicado en Análisis Político N°30.

- PEREIRA CASTAÑEDA, J. C., & MARTÍNEZ LILLO, P. A. (1995). *Documentos Básicos sobre Historia de las Relaciones Internacionales (1815-1991)*. Madrid, España: Editorial Complutense, Documento nº29: “La Alianza para el Progreso (Punta del Este).
- Tiempo, E. (1990). Bogota.
- Tiempo, E. (1990). *El papel del liberalismo*. Bogota.
- Tiempo, E. (1990). *Reacción Positiva a Editorial de El Tiempo para decisiones de la Constituyente*. Bogota.
- Tiempo, E. (1990). *Unidad Liberal en Boyacá*. Bogota.
- Tiempo, E. (1991). *70 hombres y un destino*. Bogota.
- Tiempo, E. (1991). *Ha renacido la esperanza*. Colombia.
- Tiempo, E. (1992). *Se hará Justicia*. Bogota.
- Tiempo, E. (2013). *Las Claves del Histórico Fallo que revivió la Unión Patriótica*. Bogota, Colombia.
- TOKATLIAN, J. G. (1999). *La polémica sobre la legalización de drogas en Colombia, el Presidente Samper y los EEUU*. Bogota: Universidad Nacional de Colombia publicado en Latin American Research Review.
- TREJOS ROSERO, L. F. (2012). *Un actor no estatal en el escenario internacional, el caso de las fuerzas armadas revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo 1982-2010. Tesis para optar al grado de Doctor en Estudios Americanos*. Santiago de Chile.
- VALENCIA VILLA, H. (1990). *El Constituyente de 1990 y la Constitución de 1991*. Bogota: Universidad Nacional de Colombia IEPRI nº11.

¿ES NECESARIA UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE EN CHILE?

*Jaime GAJARDO FALCÓN**

Resumen

En el presente trabajo procuro dar una respuesta al “dilema” constitucional chileno. Para ello, junto con caracterizarlo, abordo la pregunta contingente sobre el mecanismo a seguir para “reformular” o “cambiar” la actual Constitución Política. Reviso brevemente las críticas que se han realizado a la Constitución Política 1980-2005 y su diseño institucional, contrastándolo con los principales aspectos teóricos del constitucionalismo democrático-social y la democracia deliberativa, para señalar las limitaciones ideológicas de la Constitución y las consecuencias prácticas de ello. Posteriormente, evalúo la respuesta de la institucionalidad chilena a la demanda social de una “Nueva Constitución” y argumento la incapacidad institucional de resolver el problema constituyente mediante el mecanismo contemplado en el Capítulo XV de la Constitución. Concluyo el trabajo, afirmando la necesidad de que la “Nueva Constitución” se materialice a través de un mecanismo participativo, deliberativo e inclusivo, similar a lo que se entiende doctrinariamente como Asamblea Constituyente.

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho, con mención en Derecho Público, Universidad de Chile. Máster en Gobernanza y Derechos Humanos, Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Doctorando en Derecho y Ciencia Política, Universidad Autónoma de Madrid. Actualmente se desempeña como Personal Investigador en Formación en el Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid y es Becario Chile para estudios doctorales en el extranjero. Correo: gajardofalcon@gmail.com

1. A modo de introducción: sobre el “dilema” constitucional chileno

No caben dudas de que el debate constitucional se ha instalado en Chile. En la última elección presidencial (2013), todos los candidatos se pronunciaron al respecto. El Programa de la Presidenta electa señalaba expresamente que:

“El reclamo por una nueva Carta Fundamental no es un prurito de especialistas ni la obsesión de élites sobre ideologizadas. Es un objetivo planteado desde larga data por sectores democráticos; y levantado actualmente por una gran cantidad de organizaciones políticas, sociales, juveniles, regionales, sindicales, de género y representativas de pueblos indígenas [...] De esta manera, basada en una fuerte convicción democrática, se recoge la demanda nacional por una Nueva Constitución Política para Chile a impulsar en un proceso democrático, institucional y participativo que permita alcanzar este propósito”¹².

Por su parte, desde la academia, los principales autores han argumentado sus posiciones¹³. La gran mayoría sostiene la necesidad de “reformular” la Constitución, presentando diferencias en cuanto al alcance de la reforma y los mecanismos para realizarla¹⁴. En general, la doctrina

¹² Cf. BACHELET, Michelle (2013). “Chile de todos. Programa de Gobierno 2014-2018”, p. 30. Disponible en: <http://michellebachelet.cl/michelle-bachelet-presenta-programa-de-gobierno-con-enfasis-en-una-reforma-estructural-la-educacion/> [consulta: 8 enero 2014].

¹³ Para una recopilación y sistematización de las principales críticas y posturas sobre el alcance de la “reforma” y “cambio” Constitucional de la doctrina chilena, véase: BUSCH, Tania (2012). “El Concepto de Constitución y la Incomodidad Constitucional en Chile”. *Global Jurist*, Vol. 12, pp. 1-38. Asimismo, véase: ATRIA, Fernando (2013a). *La Constitución tramposa*. Santiago, Lom Ediciones, pp. 15-103; Cf. ZÚÑIGA, Francisco (2012). “Nueva Constitución y Constitucionalismo en el Bicentenario”. *Revista de Derecho Público*, N° 76, pp. 125-145; Cf. RÍOS, Lautaro (2013). “¿Es necesaria una nueva Constitución?”. *Revista de Derecho Público*, N° 78, pp. 205-222. Cf. RUIZ-TAGLE, Pablo (2009). “Un proyecto constitucional para la generación del bicentenario: Igualdad y derechos sociales y económicos en Chile”. En: *Derecho y Humanidades*, N° 15, pp. 17-35.

¹⁴ En cuanto a los mecanismos para un defensa de la Asamblea Constituyente, véase: Cf. ATRIA (2013a), pp. 85-161; Por su parte, Francisco Zúñiga, plantea la idea de una “operación constituyente”, que pone en el centro del debate la necesidad de una “nueva constitución”, la que puede ser conseguida mediante la utilización de distintos mecanismos. Cf. ZÚÑIGA, Francisco (2013). “Nueva Constitución y Operación Constituyente. Algunas notas de acerca de la reforma constitucional y la Asamblea Constituyente”. *Estudios*

aboga por la apertura del techo ideológico de la Constitución y la eliminación de los enclaves contra-mayoritarios para que el autogobierno colectivo se pueda realizar adecuadamente¹⁵.

Aquí surgen las interrogantes que pretende responder el presente trabajo: ¿Es posible abrir el techo ideológico de la Constitución y eliminar los enclaves contra-mayoritarios que contiene, reformándola?, ¿no sería más conveniente que Chile se dote de una “nueva” Constitución, fruto de la deliberación democrática de su pueblo?, ¿cuán importante es el mecanismo para la “reforma” o la “sustitución” de la Constitución?¹⁶

En estas preguntas se encuentra contenido el “dilema” constitucional chileno, configurado precisamente por la disyuntiva que existe entre la “reforma” o el “cambio” constitucional. ¿Es posible “apropiarse” de la actual Constitución¹⁷? En otras palabras, se trata de aclarar si es posible abrir el techo ideológico de la Constitución y permitir el autogobierno colectivo, sólo reformando la actual Constitución, o en su defecto, si es necesaria la “sustitución” de la misma partiendo de una “hoja en blanco”¹⁸.

En el presente artículo se afirma que la mejor respuesta al “dilema” constitucional, pasa por la sustitución de la Constitución, a través de un mecanismo participativo, inclusivo y deliberativo, semejante a lo que la doctrina entiende por “Asamblea Constituyente”. Así, la respuesta a la pregunta sobre la necesidad de una Asamblea Constitu-

Constitucionales, N° 1, pp. 511-540. En un sentido similar, véase: RÍOS (2013), p. 221. Por su parte, Pablo Ruiz-Tagle, descarta a la Asamblea Constituyente como mecanismo para lograr una “nueva” Constitución. En su defecto, considera que esta se debe realizar a través de un proceso continuo de reformas constitucionales y un cambio en la interpretación constitucional (que abandone su vinculación originalista). Cf. RUIZ-TAGLE, Pablo (2008). “La trampa del neopresidencialismo: la Constitución “Gatopardo”. En: *La República en Chile*. Santiago: LOM Ediciones, pp. 197-218.

¹⁵ Al respecto, véase: BUSCH (2012), pp. 17-32.

¹⁶ Sobre la necesidad de inclusión, amplia participación y deliberación en los procesos de construcción y cambio constitucional, véase: TUSHNET, Mark (2014). *Comparative-constitutionallaw*. Northampton: Edward Elgard, pp. 13-39.

¹⁷ Fernando Atria, señala la imposibilidad de “apropiarse” de la actual Constitución. Al respecto, véase: ATRIA (2013a), pp. 64-68.

¹⁸ Término acuñado por Ricardo Lagos Escobar en una entrevista publicada en *El Mercurio* el día 14 de julio de 2013.

yente en Chile, sólo tiene sentido si lo que se busca es el reemplazo de la actual Constitución Política y, por ende, el establecimiento de un nuevo marco de convivencia en nuestro país¹⁹.

Para argumentar la tesis de que se requiere una “nueva” Constitución y no una “reforma”, será preciso revisar las principales críticas de que ha sido objeto la Constitución, sus implicancias en el diseño institucional y si el camino de reformas, seguido hasta ahora, se encuentra agotado o no (2). Luego, se utilizará el marco conceptual del constitucionalismo democrático y social, junto a los aspectos teóricos de la democracia deliberativa, para contrastarlo con la Constitución chilena vigente (3). Posteriormente, y a modo de conclusión, se analizarán los mecanismos para obtener una “nueva” Constitución, a la luz del ideal del constitucionalismo democrático-social y la democracia deliberativa (4).

2. Principales aspectos críticos de la Constitución Política 1980-2005

Sistematizando las principales críticas que ha recibido la Constitución Política por parte de la academia, Tania Busch identificó tres ejes fundamentales, que se encuentran relacionados entre sí y tienen un mismo nivel jerárquico. Estos ejes son los siguientes²⁰: 1) El origen autoritario de la Constitución y su imposibilidad para legitimarla²¹; 2) El

¹⁹ El presente trabajo aborda el tema de justificación del mecanismo de “Asamblea Constituyente” desde un punto de vista sustantivo. Ahora bien, para su justificación y posibilidad técnica jurídica, véase la contribución al presente libro de Carlos Arrué. Para un análisis politológico comparado en la región, véase la contribución al presente libro de Francisco Quiero.

²⁰ Cf. BUSCH (2012), p. 1. Como se verá, las críticas que la autora coloca en el punto segundo de su sistematización las separo, incluyendo algunas de ellas en el punto segundo y tercero del grupo de cuestionamientos que agregó en el párrafo siguiente.

²¹ Con distintos matices y énfasis, la doctrina constitucional chilena comparte que el origen autoritario de la Constitución es un problema capital de la misma (Zúñiga, Ruiz-Tagle y Ríos). Las divergencias surgen con la segunda parte de la frase, esto es con la posibilidad de “legitimar” la Constitución y, por ende, salvar su origen autoritario. En este punto, Francisco Zúñiga señala que las reformas a la Constitución han permitido una “cierta” legitimidad de la misma pero no total y que dicho camino se encuentra agotado [Cf. ZÚÑIGA (2013), pp. 515-516]. Atria arriba a la misma conclusión que Zúñiga pero a través de una argumentación diferente. Para él, el “pecado de origen”

establecimiento de un sistema democráticamente deficitario²²; 3) La opción ideológica neoliberal de la Constitución y, en consecuencia, la débil consagración de derechos económicos y sociales²³.

A las críticas señaladas, las que comparto, se deben sumar tres nuevos cuestionamientos a la Constitución Política, los que han sido formulados -o reformulados- de forma más reciente y son aspectos atribuibles a una tendencia general del constitucionalismo chileno -y latinoamericano en el caso del último-, aunque han sido acentuados en la

de la Constitución no es el asunto principal, sino que es la imposibilidad que tiene el pueblo de ejercer su poder en el marco constitucional y, en consecuencia, de apropiarse de la misma o dicho en otros términos, de “legitimarla” [Cf. ATRIA (2013a), pp. 58-63]. Por su parte, para Ruiz-Tagle las reformas realizadas a la Constitución en el año 2005 permitieron atenuar la filosofía del constitucionalismo autoritario y abrir espacios para el cambio constitucional [Cf. RUIZ-TAGLE (2006). “Simposio: Reformas del año 2005 a la Constitución de la República de Chile”. *Anuario de Derechos Humanos*, N° 2, pp. 80-81.

²² A mi juicio, las críticas en este punto constituyen el núcleo principal del dilema Constitucional chileno. Asimismo, el déficit democrático de la Constitución y sus recursos contra mayoritarios la vuelven “intocable” en sus aspectos sustanciales. Los principales mecanismos constitucionales contra mayoritarios y que tienden a la neutralización de la acción del pueblo son: 1) Las leyes de “súper mayorías” (interpretativas de la Constitución, orgánicas constitucionales y de quórums calificados); 2) El sistema de elección de Diputados y Senadores (binominal); 3) El control preventivo de Constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional; 4) La rigidez y altos quórums para la reforma a la Constitución. Así los autores hablan de Constitución “celda” [Cf. SUAREZ, Christian (2009). “La Constitución celda o “*straightjacketconstitution*” y la dogmática constitucional”. *Universium*, N° 24, pp. 248-271], de la Constitución “tramposa” [Cf. ATRIA (2013a), pp. 44-56.], y de democracia “protegida” [CAZOR, Kamel (2007). “Constitucionalismo y umbral democrático en Chile: Hacia una nueva teoría constitucional”. *Ius et Praxis*, N° 13, pp. 45-74].

²³ En este sentido, Francisco Zúñiga expresa con claridad el centro de esta crítica al señalar que la Constitución vigente es: “(...) una refundación autoritaria del capitalismo, con nítido sello neoliberal expresada en la fórmula del Estado subsidiario (mínimo)” [ZÚÑIGA, Francisco (2012). “Nueva Constitución y Constitucionalismo en el Bicentenario”. *Revista de Derecho Público*, N° 76, pp. 125-145]. Coinciden con dicha descripción, con matices, entre otros, los siguientes autores: Juan Carlos Ferrada [Cf. FERRADA, Juan (2000). “La Constitución Económica de 1980: Algunas reflexiones críticas”. *Revista de Derecho Universidad Austral*, N° 11, pp. 47-54], Pablo Ruiz-Tagle [Cf. RUIZ-TAGLE, Pablo (2009). “Un proyecto constitucional para la generación del bicentenario: Igualdad y derechos sociales y económicos en Chile”. *Derecho y Humanidades*, N° 15, pp. 17 – 35], Julia Urquieta [Cf. URQUIETA, Julia (2014). “Una nueva Constitución para un nuevo Chile”. En: *Nueva Constitución y momento constitucional*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 51-80] y Fernando Atria [Cf. ATRIA, Fernando (2013b). *Veinte años después Neoliberalismo con rostro humano*. Santiago: Catalonia, pp. 33-54].

Constitución vigente. Estos aspectos son: 1) La visión mono cultural y nacional de la Constitución, en la cual no se reconoce el carácter multicultural de la sociedad chilena y, en particular, a los pueblos indígenas que habitan en el territorio²⁴; 2) El excesivo centralismo territorial que imprime la actual Constitución al diseño institucional²⁵; 3) El hiperpresidencialismo y el fenómeno de la concentración del poder²⁶.

Sobre las críticas expuestas, considero relevante realizar tres anotaciones. La primera, tiene relación con la transversalidad de los cuestionamientos en razón de la estructura de la Constitución, es decir, estas objeciones abarcan todas las partes de la misma (dogmática y orgánica). En segundo lugar, las críticas operan en múltiples planos, tanto en sus aspectos políticos (por ejemplo, legitimidad de origen), económicos (la consagración del neoliberalismo), sociales (el déficit democrático o híper presidencialismo), culturales (falta de reconocimiento de la diversidad cultural) y territoriales (el exceso de centralismo). Como tercer aspecto, todas las críticas reseñadas se pueden constatar –con diferencias de grado– desde la vigencia de la Constitución Política hasta la actualidad, a pesar de las múltiples reformas que ésta ha experimentado²⁷.

²⁴ Al respecto, véase mi contribución al presente libro titulada: “Multiculturalismo y nueva Constitución”. En ese sentido, véase también: URQUIETA (2014), pp. 51-80.

²⁵ Al respecto, véase: PAREDES, Felipe (2013). ¿Por qué es necesario plantear el federalismo como una alternativa a la desigualdad en Chile? En: *Igualdad, inclusión y derecho*, Santiago: Lom Ediciones, pp. 115-126.

²⁶ Al respecto, véase: GARGARELLA, Roberto (2013). *Latin American Constitutionalism 1810-2010*. Oxford: Oxford University Press, 283 pp.

²⁷ Para ejemplificar este punto, Jorge Contesse señala: “A pesar de las reformas a la Constitución que han servido para vestirla de legitimidad, la percepción de que se vive en una democracia “tutelada”, incompleta, poco democrática, no es difícil de hallar”. Cf. CONTESSE, Jorge (2008). “Las instituciones funcionan”: Sobre la ausencia de diálogo constitucional en Chile”. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 26, p. 349. Desde un punto de vista similar, Francisco Zúñiga evaluó las reformas del año 2005 de la siguiente forma: “En el plano político-institucional la Constitución Política de la República es una “nueva” Carta, ya que con la reforma constitucional de 2005 se cierra en lo formal la transición al purgar de la Constitución sus “enclaves autoritarios”, su estatuto iusfundamental transitorio, así como la firma puesta en el texto por el gobernante de la época, la Junta de Gobierno y sus ministros. En cambio en el plano económico-social (derechos civiles, orden público económico, Constitución Económica y Constitución Social) la Constitución vigente es en esencia la “vieja” Carta de 1980, en la que cristalizan, principalmente en su parte dogmática (valores, principios, derechos fundamentales y garantías), los componentes ideológicos (originalmente autoritarios, neoliberales, iusnaturalistas, y lejanamente corpora-

Lo anterior, resulta relevante para indagar sobre la viabilidad de una nueva reforma o de estrategias jurídicas que se intenten para atenuar o transformar la concepción de la actual Constitución²⁸. En ese sentido, compartamos argumentaciones que realizan, entre otros, Atria²⁹ y Zúñiga³⁰ para concluir que la estrategia reformista se encuentra agotada y que, por tanto, si se quiere obtener una Constitución con una fundamentación político-jurídica distinta a la actual, lo que se debe hacer es una “nueva” Constitución en sentido estricto³¹.

tivistas) de una refundación autoritaria del capitalismo”. Cf. ZÚÑIGA, Francisco (2007). “Vieja-Nueva Constitución”. *Estudios Constitucionales*, N° 1, p. 351.

²⁸ Intentando construir una concepción doctrinaria más amplia de la Constitución y buscando limitar la importancia del principio rector de subsidiariedad que tiene la Constitución Chilena, el profesor Ruiz-Tagle señala que: “Ciertamente, puede aceptarse que la carta fundamental chilena es el producto de una transacción de diversas ideas políticas y constitucionales, entre las cuales se encuentran algunas que representan una tradición de orientación católica y raíz iusnaturalista cristiana. Sin embargo, esta constatación no debe hacernos olvidar que también se puede vincular la Constitución chilena a la tradición política liberal y a una serie de propuestas e ideas que son propias de la tradición social demócrata o socialista. Si se acepta esta tesis de la transacción de diversas tradiciones, como una base plural sobre la cual se construye la Constitución Política chilena, se debe atribuir importancia limitada al principio de subsidiariedad. Desde esta perspectiva, el principio de subsidiariedad se considera como relevante para los que hacen suya la tradición constitucional iusnaturalista, sin perjuicio que incluso en ese caso, la subsidiariedad no alcanza el nivel de un principio de derecho constitucional sino una forma ideológica variable, sin un contenido claro que intenta servir de guía para ordenar la relación entre las personas y el Estado”. [Cf. RUIZ-TAGLE, Pablo (2000). “Principios Constitucionales del Estado Empresario”. *Revista de Derecho Público*, N° 62, pp. 47-59. En un sentido similar, Jaime Bassa, tiene una propuesta interpretativa y doctrinaria sobre la Constitución de 1980, en el sentido de que esta debe ser re-interpretada en sus fundamentos y significados desde la Teoría Constitucional contemporánea y a partir de 1990, momento desde el cual sólo cabría hablar de Constitución en sentido estricto. [Cf. BASSA, Jaime (2008). *El Estado Constitucional de Derecho*. Santiago: LexisNexis, 220 pp]. Considero que el esfuerzo de ambos académicos, en términos intelectuales-doctrinarios, para construir una concepción doctrinaria de la Constitución que pueda ser reconducida al constitucionalismo democrático y social, es importante y merece ser rescatado. Sin embargo, lamentablemente, dichas propuestas doctrinarias han chocado contra la realidad constitucional que proyecta la actual Constitución, que ha sido en la práctica una guía ideológica que ordena la relación de las personas y el Estado, y entre sus poderes. Además, las normas constitucionales han sido, de forma reiterada, interpretadas de forma literal y recurriendo a su versión originaria por la jurisprudencia nacional en todos sus niveles.

²⁹ Cf. ATRIA (2013a), pp.

³⁰ Cf. ZÚÑIGA (2013), pp. 515-517.

³¹ Patricio Zapata al respecto señala: “Debo reconocer, en este punto, que yo fui uno de los que pensó que la reforma constitucional de 2005 había logrado subsanar los prin-

Hasta aquí, creo que es necesario colocar las críticas a la Constitución en el contexto teórico del constitucionalismo democrático-social. Ello nos permitirá, por la vía del contraste, dar mayores argumentos a la necesidad de cambio total de la Constitución. De igual forma, la revisión de los presupuestos teóricos del ideal de la democracia deliberativa nos posibilitará colocar en perspectiva las alternativas de los mecanismos a utilizar para el reemplazo de la Constitución. Ambos aspectos, los analizaré someramente en el punto siguiente.

3. El constitucionalismo democrático-social y el ideal de la democracia deliberativa

3.1. El constitucionalismo democrático-social y la Constitución chilena vigente

Para Luigi Ferrajoli la historia del constitucionalismo “es la historia de una progresiva extensión de la esfera de los derechos: de los derechos de libertad en las primeras declaraciones y constituciones del siglo XVIII, al derecho de huelga y a los derechos sociales en las constituciones del siglo XX, hasta los nuevos derechos a la paz, al ambiente, a la información y similares, hoy reivindicados y todavía no todos constitucionalizados. Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguna de las diversas generaciones de derechos ha caído del cielo, sino que todas han sido conquistadas por otras tantas generaciones de movimientos de lucha y de revuelta: primero liberales, luego socialistas, feministas, ecologistas y pacifistas”³².

cipales problemas de legitimidad que aquejaban a la Constitución. Creí, entonces, que con la supresión de los Senadores designados, la eliminación de las disposiciones que reconocían autonomía política a las Fuerzas Armadas y la formalidad consistente en “sacar” la firma de Pinochet, se había logrado, en lo esencial, resolver el problema constitucional. Quienes así razonábamos debemos reconocer que nos equivocamos. Nuestro error, sin embargo, no radica en la ponderación de la importancia de las reformas de 2005. Contra lo que afirman hoy algunos, dichas enmiendas no fueron cosméticas o menores. Por el contrario, los cambios aprobados en 2005 fueron muy importantes y profundos”. Cf. ZAPATA, Patricio (2014). “La nueva Constitución y el bien común”. En: *Nueva Constitución y momento constitucional*, Santiago: Thomson Reuters, p. 83.

³² Cf. FERRAJOLI, Luigi (2007). “Sobre los derechos fundamentales”. En: *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid: Editorial Trotta, p. 73.

El párrafo precitado es de gran utilidad para situar en contexto histórico político uno de los conceptos claves del constitucionalismo: el Estado de Derecho, que define la posición del Estado en la sociedad y su relación con los individuos y grupos que lo componen. Así, el constitucionalismo ha ido transitando desde el Estado de Derecho liberal-burgués (siglos XVIII-XIX), pasando por el Estado democrático de Derecho (siglos XIX-XX) hasta el actual Estado democrático-social de Derecho (siglos XX-XXI)³³.

El Estado democrático-social de Derecho se caracteriza por incorporar las demandas de igualdad de los sectores más desposeídos de la sociedad, lo que ha implicado un cambio sustancial en la concepción de los derechos fundamentales (constitucionalizando los derechos sociales) y la aceptación de que sólo el Estado puede neutralizar los efectos disfuncionales del capitalismo y regular el desarrollo social y económico³⁴. La fórmula del Estado democrático-social del Derecho, se ha integrado en un importante número de Constituciones del mundo, generando una nueva relación entre el Estado y la sociedad³⁵.

La distancia entre la Constitución Política de 1980 en su versión originaria y el constitucionalismo democrático-social de Derecho es evidente³⁶. Las múltiples reformas que nuestra Carta Fundamental

³³ Cf. GARCÍA-PELAYO, Manuel (1996). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 224 pp. El constitucionalismo latinoamericano ha tenido ciertas peculiaridades al respecto que merecen ser destacadas. En ese sentido, véase: GARGARELLA (2013).

³⁴ Cf. GARCÍA-PELAYO (1996), pp. 22-23. Para un estudio detallado y reciente de los derechos sociales y su lugar en el constitucionalismo contemporáneo, véase: BUSTOS, Rodrigo (2014). *Derechos sociales: exigibilidad y justicia constitucional*. Santiago: Librotecnia, 546 pp.

³⁵ A modo ejemplar, de las Constituciones vigentes que utilizan la fórmula del Estado democrático-social de Derecho, tenemos: La Constitución de la República Federal Alemana (Ley fundamental de Bonn 1949), la Constitución de Italia de 1947, la Ley Suprema de Portugal de 1976, la Constitución de la V República francesa de 1958 y la Constitución española de 1978. En las nuevas Constituciones latinoamericanas, se puede apreciar una creciente constitucionalización de derechos sociales (con ejemplos paradigmáticos en las Constituciones de Venezuela 1999, Bolivia 2009 y Ecuador 2008). Sobre la inclusión de los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas, sin cambiar la vieja estructura de concentración del poder, véase: GARGARELLA (2013), pp. 172-179.

³⁶ Para un trabajo reciente al respecto, véase: ZÚÑIGA, Alejandra (2012). "Las teorías de la justicia detrás de nuestra Constitución. El caso de los Derechos Sociales". En: *Derechos*

ha experimentado hasta la fecha y los “cambios” jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, han dado pie a que algunos autores hablen de la peculiar recepción que la Constitución chilena hace del Estado democrático-social de Derecho³⁷.

A nuestro juicio, la distancia entre el constitucionalismo del Estado democrático-social de Derecho y la Constitución chilena vigente se mantiene, pese a las reformas que se le han introducido en las últimas dos décadas. En este punto, coincidimos con Francisco Zúñiga cuando declara que en materia económica y de principios la Constitución sigue siendo la vieja Constitución que refunda el capitalismo en Chile en su versión neoliberal. Lo anterior, sumado a la neutralización de la acción política del pueblo (Atria, ob. cit.), nos lleva a sostener que la armonización entre los modelos señalados resulta difícil de justificar tanto en la teoría como en la práctica de las instituciones que proyecta, evidenciando la necesidad de la apertura total del techo ideológico de nuestra Constitución.

3.2. El ideal de la democracia deliberativa

¿Qué entendemos por democracia deliberativa? La democracia deliberativa cuenta con una larga historia³⁸, abundante literatura y, por consiguiente, con múltiples entendimientos. Para Jon Elster, las definiciones sobre la democracia deliberativa comparten un sólido núcleo de fenómenos, conviniendo en que el concepto incluye dos aspectos: 1) La toma colectiva de decisiones con la participación de todos los que han de ser afectados por la decisión o por sus representantes, par-

económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno, Santiago: Librotecnia, pp. 49-60. Sobre la distancia entre la “igualdad” que proclama la Constitución chilena y la desigualdad que caracteriza a su sociedad, véase: MUÑOZ, Fernando (2013). “La Constitución de la desigualdad”. En: *Igualdad, inclusión y derecho*, Santiago: Lom ediciones, pp. 93-114.

³⁷ Para los “particularismos” de la recepción del Estado democrático-social de Derecho en nuestra Constitución, véase: SILVA, María (2012). “El Estado social de Derecho en la Constitución chilena”. En: *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, Santiago: Librotecnia, pp. 29-48. Con una construcción teórica más elaborada, pero que apunta a la armonización de la actual Constitución con el Estado democrático-social de Derecho, véase: BASSA (2008), pp. 203-209.

³⁸ Sobre los orígenes históricos de la democracia deliberativa, véase: ELSTER, Jon (2001). “Introducción”. En: *La democracia deliberativa*, Barcelona: Gedisa, pp. 13-18.

te democrática; 2) La toma de decisiones por medio de argumentos ofrecidos por y para los participantes que están comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad, parte deliberativa³⁹.

Las diferencias sobre el contenido y entendimiento de la democracia deliberativa se encontrarían en los elementos intencionales, es decir, en su componente deliberativo⁴⁰. Para el análisis de la democracia deliberativa, me basaré en la concepción de Carlos Nino, que ha tenido una gran influencia en Iberoamérica⁴¹.

Carlos Nino, luego de revisar distintas concepciones de la democracia⁴² y centrarse en la crítica a la democracia pluralista propuesta –entre otros- por John Ely⁴³, defiende una concepción dialógica, donde la política y la moral se encuentran interconectadas, ubicando el valor a la democracia en la moralización de las preferencias de las personas⁴⁴. Así, “[...] el valor de la democracia reside en su naturaleza epistémica con respecto a la moralidad social [...] la democracia es el procedimiento más confiable para poder acceder al conocimiento de los principios morales”⁴⁵.

Para Carlos Nino, la concepción de democracia deliberativa no es perfeccionista u autorrealizadora⁴⁶, ya que presupone una diferenciación

³⁹ ELSTER (2001), p. 21.

⁴⁰ En ese sentido –apunta Elster- para Susan Stokes la deliberación se define por su resultado, por el cambio endógeno de preferencias que resulta de la comunicación. Para Diego Gambetta lo central del componente deliberativo serían los rasgos del proceso, más que los resultados del mismo. Por su parte Joshua Cohen considera que la deliberación implica el razonamiento libre y público entre iguales. Finalmente, James Fearon, pone el acento en el componente más concreto de la discusión. Cf. ELSTER (2001), pp. 21-22.

⁴¹ Al respecto, véase: NINO, Carlos (1996). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 303p.

⁴² Cf. NINO (1996), pp. 101-148. Es importante mencionar que Carlos Nino, busca construir su teoría de la democracia deliberativa dentro del marco del “constitucionalismo” entendido -en términos de Manuel Atienza- tanto como fenómeno y teoría. Al respecto, véase: ATIENZA, Manuel (2007). “Argumentación y Constitución”. En: *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Madrid: Iustel, pp. 113-181.

⁴³ Cf. ELY, John (1997). *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*. Bogotá: Siglo del Hombre, 291 pp.

⁴⁴ Cf. NINO (1996), p. 154.

⁴⁵ Ídem.

⁴⁶ Sebastián Linares apunta al respecto, que: “El valor epistémico de la democracia no se aplica entonces a las decisiones sobre ideales de excelencia humana o de virtud personal,

entre los estándares morales y limita el valor epistémico de ella sólo en sus aspectos intersubjetivos⁴⁷. Es importante tener en consideración que Carlos Nino se autodefine como un constructivista –respecto del conocimiento de principios de moralidad social- inscribiendo su concepción en un punto epistemológico intermedio entre los postulados de John Rawls y JürgenHabermas⁴⁸.

Congruente con su constructivismo ético, Carlos Nino ve en la introducción de un límite de tiempo para finalizar la discusión y, por ende, en la necesidad de tomar una decisión a través de la regla de la mayoría, la diferencia fundamental entre el proceso informal de discusión moral con la democracia. En ese sentido, señala que: “[...] la democracia puede definirse como un proceso de discusión moral sujeto a un límite de tiempo”⁴⁹.

Según Carlos Nino, la democracia deliberativa y su valor epistémico presentan ventajas respecto del resto de las concepciones de la democracia, ya que lograría superar la aparente paradoja de la superfluidad del Derecho, los dilemas de acción colectiva y los contrapesos opuestos de otras dimensiones del constitucionalismo, en lo que se refiere al reconocimiento de los derechos básicos y la preservación de una práctica jurídica continua⁵⁰.

Sebastián Linares señala que la concepción de la democracia deliberativa de Nino no pretende justificar los regímenes democráticos actuales, sino establecer un ideal normativo a partir del cual evaluarlos. De acuerdo a este ideal democrático, la discusión pública es el más confiable procedimiento colectivo de toma de decisiones moralmente correctas, variando el valor epistémico según el grado de satisfacción de las condiciones subyacentes del proceso⁵¹.

aun cuando, también es estos casos, el diálogo con los demás pueda servir para esclarecer y mejorar las decisiones individuales”. Cf. LINARES, Sebastián (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 131.

⁴⁷ Cf. NINO (1996), p. 154.

⁴⁸ Cf. NINO (1996), pp. 154-166. Para más detalles al respecto, véase: NINO, Carlos (1989). *El constructivismo ético*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 152 pp.

⁴⁹ Cf. NINO (1996), p. 167.

⁵⁰ Cf. Ob. cit., pp. 187-198. En el mismo sentido, véase: GARGARELLA, Roberto (2001). “Representación plena, deliberación e imparcialidad”. En: *La democracia deliberativa*, Barcelona: Gedisa, pp. 323-346.

⁵¹ Cf. LINARES (2008) pp. 129-130.

De esta forma, la democracia deliberativa sería una concepción normativa, es decir, no es sólo un fin en sí misma, sino también un instrumento para la creación de una sociedad más justa⁵². El reconocimiento del valor epistémico de la democracia deliberativa implica la primacía del proceso de discusión colectiva y decisión mayoritaria por encima de cualquier otro mecanismo –justicia constitucional– para determinar las soluciones moralmente aceptables de los conflictos sociales⁵³. Sin embargo, Carlos Nino considera que los jueces constitucionales pueden jugar un papel importante en garantizar el cumplimiento y la promoción de las condiciones del proceso democrático deliberativo.

Además, teniendo en cuenta el fenómeno de la multiculturalidad de la sociedad chilena y siguiendo la idea de representación de *perspectivas* expuesta por Iris Young⁵⁴ en la reconstrucción de los modelos de representación políticos planteados por Hanna Pitkin⁵⁵, el modelo deliberativo resulta adecuado para la representación política de la diversidad cultural en las democracias y sociedades actuales⁵⁶. Así, la democracia deliberativa permitiría que las perspectivas sociales puedan estar presentes en el autogobierno colectivo y la deliberación política.

En el próximo punto, conectaremos la necesidad de una nueva Constitución desde un punto de vista sustancial y el proceso para arribar a ella en los ideales de la democracia deliberativa.

⁵² Cf. HONGJU, Harold y SLYE, Ronald (2004). “Democracia deliberativa y derechos humanos: una introducción”. En: *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona: Gedisa, pp. 15-44.

⁵³ Cf. NINO (1996), p. 293.

⁵⁴ Iris Young señala: “Social perspective is the point of view group members have on social processes because of their position them. Perspective may be lived in a more or less self-conscious way. The cultural experiences of distinct peoples or religious groups, as well as groups responding to a history of grievance or structural oppression, often offer refined interpretations of their own situation and their relations to others. Perspective may appear in story and song, human and word play, as well as in more assertive and analytical forms of expression”. Cf. YOUNG, Iris (2000). *Inclusion and Democracy*. New York: Oxford, p. 137. Asimismo, véase: PHILLIPS, Anne (1995). *The politics of presence*. Oxford: Clarendon Press, 209 pp.

⁵⁵ Véase: PITKIN, Hanna (1985). *El concepto de representación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 288 pp.

⁵⁶ Sobre el hecho multicultural de la sociedad chilena y la nueva Constitución, véase mi contribución al presente libro.

4. A modo de conclusión: Sobre el mecanismo para tener una “nueva” Constitución

En este trabajo hasta el momento, he defendido dos ideas. La primera de ellas es que las críticas doctrinarias y el “dilema” constitucional, no son superables –sólo- mediante el mecanismo de reforma de la Constitución. Conectado con la anterior, la segunda idea es que si fijamos las coordenadas normativas del cambio constitucional en el constitucionalismo democrático-social del Estado de Derecho, la idea de cambio total o apertura del techo ideológico de la Constitución se refuerza.

Así las cosas, el ideal de la democracia deliberativa y las condiciones que requiere, complementan el objetivo del presente trabajo. Esto es, que el cambio total de la Constitución debe pasar necesariamente por un mecanismo que permita cumplir con los dos aspectos que componen la democracia deliberativa, a saber: 1) La toma colectiva de decisiones con la participación de todos los que han de ser afectados por ellas o por sus representantes, parte democrática; 2) la toma de decisiones por medio de argumentos ofrecidos por y para los participantes que están comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad, parte deliberativa.

Ahora bien, ¿es posible lograr lo anterior mediante el mecanismo de reforma constitucional contenido en el Capítulo XV de la Constitución? A mi juicio, la posibilidad de lograr con éxito un cambio total de la Constitución, acorde con la democracia deliberativa, utilizando exclusivamente el mecanismo contemplado en el Capítulo XV de la Constitución, es muy difícil. Ello, por dos motivos. El primero, porque el mecanismo de reforma constitucional vigente opera con lógicas supra mayoritarias, afectando ambos componentes de la democracia deliberativa. El segundo, en el que me detendré algo más, tiene relación con las falencias inclusivas de nuestro Congreso Nacional, debido a la ausencia de las perspectivas sociales de la sociedad chilena en la eventual deliberación de una nueva Constitución, afectando nuevamente ambos componentes de la democracia deliberativa.

Como en todas las sociedades, lamentablemente, en Chile también existen una serie de grupos desaventajados, entendiéndolos por ellos, aquellos que se encuentran excluidos sistémicamente de la delibera-

ción pública, pese a ser importantes en número (incluso en algunos casos, mayoritarios) y relevantes para la cultura y economía del país. Dichos grupos son: mujeres, discapacitados, jóvenes, trabajadores, inmigrantes, indígenas y LGTBI (lesbianas, gays, personas trans, bisexuales e intersex).

Para una democracia sana es fundamental que el procedimiento de toma de decisiones sea equitativo, más aún si hablamos de un proceso constituyente, lo que implica, entre otras cosas, escuchar y tener en cuenta los intereses y las perspectivas de las minorías y los grupos etno-culturales⁵⁷. Si partimos de la base de que la deliberación política es saludable para la democracia y que ella requiere de ciertas condiciones, una de las cuales es la diversidad de visiones y universos simbólicos (cultura) en los representantes de la voluntad popular, podemos concluir sin temor, que nuestra democracia tiene una tarea pendiente al respecto y que la composición del Congreso Nacional chileno deja mucho que desear en ese plano.

La composición del actual Congreso Nacional, mantiene la deliberación política, en términos generales, entre hombres, heterosexuales, mayores de 50 años, sin discapacidades, que no se auto identifican con una etnia indígena y profesionales. En el Senado la deliberación política se realiza, principalmente, entre hombres (81, 5%), cuyo promedio de edad es de 54 años, sin personas discapacitadas, sin representantes de los pueblos indígenas como tales⁵⁸, sin personas que representen a los movimientos de la diversidad sexual y sin representantes directos del sindicalismo chileno. Por su parte, el panorama no es muy distinto en la Cámara de Diputados, con similares índices en materia de género (84, 1% hombres), algo mejor en lo que respecta a los jóvenes (de

⁵⁷ Para AmyGutmann los grupos de identidad son no sólo legítimos, sino a menudo importantes, incluso valiosos, para la política democrática. Ello, primero, porque los grupos identitarios pueden tener influencia significativa sobre la identidad de los individuos en concordancia con la libertad individual. Segundo, “porque la libertad de asociación es una de las libertades básicas. Las personas se asocian (y se expresan) libremente, formando grupos identitarios, entre otros arreglos con trascendencia política; esos grupos no definen todo el alcance de la identidad de los individuos, pero, no obstante, tienen influencia importante en su identidad”. Cf. GUTMANN, Amy (2008). *La identidad en democracia*. Buenos Aires, Katz Editores pp. 20-21.

⁵⁸ Al respecto, véase: AYLWIN, José (2013). “Igualdad, inclusión y pueblos indígenas: entre el discurso y la política pública”. En: *Igualdad, inclusión y derecho*, Santiago: LOM Ediciones, pp. 129-151.

hecho, se crea la bancada estudiantil), similar en pueblos indígenas y diversidad sexual (hay, sin embargo, un Diputado que ha declarado públicamente su condición de homosexual), sin personas discapacitadas, ni representantes directos del sindicalismo (aunque sonseis los diputados del Partido Comunista).

Así las cosas, situar el cambio constitucional sólo en el marco institucional del Capítulo XV de la Constitución, no permitiría generar un proceso constituyente efectivamente democrático y participativo. Sin embargo, hay que tener presente que los procesos de cambio constitucional, transitan entre lo político y lo jurídico, no siendo siempre posible identificar los aspectos de uno y de otro. Aquí, los juristas deben considerar que el poder constituyente originario no tiene normas predeterminadas y que su ejercicio siempre corresponde a la voluntad popular⁵⁹.

Volviendo, al Programa de la Presidenta, Michelle Bachelet, la Nueva Constitución Política para Chile se debe impulsar en un proceso democrático, institucional y participativo, el que se puede abrir paso a través de diversas reformas institucionales (dentro de ellas el mecanismo de reforma contemplado en el Capítulo XV de la Constitución Política), pero para que cumpla sus dimensiones democráticas y participativas, habría que recurrir a un proceso que involucre no sólo al Congreso Nacional sino también, tanto en su discusión como en la aprobación final, a los diversos sectores sociales y grupos desaventajados ausentes en la deliberación política. Ampliando las perspectivas sociales de la deliberación en el proceso de elaboración de una nueva Constitución, es posible que ella dé respuesta adecuada a las críticas que se le han formulado y genere un nuevo marco de convivencia para todos los sectores del país. Dicho proceso se conoce en la doctrina constitucional como Asamblea Constituyente, aunque lo importante es que el proceso tenga las dimensiones reseñadas, más que el nombre con el que se cataloga⁶⁰.

⁵⁹ Al respecto, véase la contribución al presente libro de Carlos Arrué.

⁶⁰ Sobre el dogmatismo de ciertas posiciones tanto en a favor como en contra de la Asamblea Constituyente, véase: ZÚÑIGA (2013), pp. 514-516.

Bibliografía

- ATRIA, Fernando (2013a). *La Constitución tramposa*. Santiago: Lom Ediciones, 164 pp.
- ATRIA, Fernando (2013b). *Veinte años después Neoliberalismo con rostro humano*. Santiago: Catalonia, 259 pp.
- AYLWIN, José (2013). “Igualdad, inclusión y pueblos indígenas: entre el discurso y la política pública”. En: *Igualdad, inclusión y derecho*, Santiago: Lom Ediciones, pp. 129-151.
- BASSA, Jaime (2008). *El Estado Constitucional de Derecho*. Santiago: Lexis-Nexis, 220 pp.
- BUSH, Tania (2012). “El Concepto de Constitución y la Incomodidad Constitucional en Chile”. *Global Jurist*, Vol. 12, pp. 1-38.
- BUSTOS, Rodrigo (2014). *Derechos sociales: exigibilidad y justicia constitucional*. Santiago: Librotecnia, 546 pp.
- CAZOR, Kamel (2007). “Constitucionalismo y umbral democrático en Chile: Hacia una nueva teoría constitucional”. *Ius et Praxis*, N° 13, pp. 45-74.
- CONTESSÉ, Jorge (2008). “Las instituciones funcionan”: Sobre la ausencia de diálogo constitucional en Chile”. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 26, pp. 335-378.
- FERRADA, Juan (2000). “La Constitución Económica de 1980: Algunas reflexiones críticas”. *Revista de Derecho Universidad Austral*, N° 11, pp. 47-54.
- FERRAJOLI, Luigi (2007). “Sobre los derechos fundamentales”. En: *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid: Editorial Trotta, pp. 71-89.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel (1996). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 224 pp.
- GARGARELLA, Roberto (2013). *Latin American Constitutionalism 1810-2010*. Oxford: Oxford University Press, 283 pp.
- GUTMANN, Amy (2008). *La identidad en democracia* [Identity in democracy]. OTERO, Estela (Trad.), Buenos Aires: Katz, 308 pp.
- MUÑOZ, Fernando (2013). “La Constitución de la desigualdad”. En: *Igualdad, inclusión y derecho*, Santiago: Lom Ediciones, pp. 93-126.
- NINO, Carlos (1996). *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 304 pp.

- PAREDES, Felipe (2013). ¿Por qué es necesario plantear el federalismo como una alternativa a la desigualdad en Chile? En: *Igualdad, inclusión y derecho*, Santiago:Lom Ediciones, pp. 115-126.
- PHILLIPS, Anne (1995). *The politics of presence*. Oxford: Clarendon Press, 209 pp.
- RÍOS, Lautaro (2013). “¿Es necesaria una nueva Constitución?”. *Revista de Derecho Público*, N° 78, pp. 205-222.
- RUIZ-TAGLE, Pablo (2009). “Un proyecto constitucional para la generación del bicentenario:Igualdad y derechos sociales y económicos en Chile”. *Derecho y Humanidades*, N° 15, pp. 17 - 35.
- RUIZ-TAGLE, Pablo (2008). “La trampa del neopresidencialismo: la Constitución “Gatopardo”. En: *La República en Chile*. Santiago: Lom Ediciones, pp. 197-218
- RUIZ-TAGLE (2006). “Simposio: Reformas del año 2005 a la Constitución de la República de Chile”. *Anuario de Derechos Humanos*, N° 2, pp. 73-106.
- RUIZ-TAGLE, Pablo (2000). “Principios Constitucionales del Estado Empresario”. *Revista de Derecho Público*, N° 62, pp. 47-59.
- SILVA, María (2012). “El Estado social de Derecho en la Constitución chilena”. En: *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, Santiago: Librotecnia, pp. 29-48.
- SUAREZ, Christian (2009). “La Constitución celda o “straightjacketconstitution” y la dogmática constitucional”. *Universium*, N° 24, pp. 248-271.
- TUSHNET, Mark (2014). *Comparative constitutional law*. Northampton: Edward Elgard, 133 pp.
- URQUIETA, Julia (2014). “Una nueva Constitución para un nuevo Chile”. En: *Nueva Constitución y momento constitucional*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 51-80.
- ZAPATA, Patricio (2014). “La nueva Constitución y el bien común”. En: *Nueva Constitución y momento constitucional*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 81-116.
- ZÚÑIGA, Alejandra (2012). “Las teorías de la justicia detrás de nuestra Constitución. El caso de los Derechos Sociales”. En: *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, Santiago: Librotecnia, pp. 49-60.

ZÚÑIGA, Francisco (2013). “Nueva Constitución y Operación Constituyente. Algunas notas de acerca de la reforma constitucional y la Asamblea Constituyente”. *Estudios Constitucionales*, N° 1, pp. 511-540.

ZÚÑIGA, Francisco (2012). “Nueva Constitución y Constitucionalismo en el Bicentenario”. *Revista de Derecho Público*, N° 76, pp. 125-145.

ZÚÑIGA, Francisco (2007). “Vieja-Nueva Constitución”. *Estudios Constitucionales*, N° 1, pp. 349-370.

EL ESTADO QUE REQUIERE EL CHILE BICENTENARIO

*Bernardo José TORO VEGA**

Resumen

El ensayo, a partir de la Historia Constitucional de Chile, y de la tesis de que nuestro país ha tenido un desarrollo institucional mucho más consolidado que sus pares del Continente, hace un recorrido de las diversas superaciones jurídicas que experimentado el Estado de Derecho, tendientes a una mayor consolidación de la democracia y los derechos humanos, pero que en nuestro país tuvo su eclipse con la última tiranía cívico-militar (1973-1990).

En este contexto, señala cuáles son las falencias jurídico terminológicas que esto conlleva, cuáles son los grandes perjuicios que el actual texto constitucional implica para superar el período dictatorial, y cuáles son los retos que, en el contenido constitucional, el nuevo proceso constituyente debe emprender para impulsar una verdadera democracia y un Estado respetuoso de ésta y de los derechos humanos.

* Chileno (Valparaíso, 1975), ex estudiante de Derecho en la Universidad de Valparaíso, actual estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), y asistente de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la misma UNAM. Líneas de investigación: Derecho constitucional, derechos humanos y Derecho internacional público. E-mail: 413490209@derecho.unam.mx.

1. Antecedentes

Desde que Alonso de Ercilla lo descubriera, a través de los poderosos endecasílabos que constituyen La Araucana, Chile ha sido considerado históricamente como una nación consolidada respecto de sus pares del subcontinente. Hacia 1920, el más cualificado analista del poder alemán, Karl Haushofer, a quienes desde Múnich miraban hacia América Latina, les apuntaba y singularizaba a Chile porque, en sus términos, era *“un Estado fuerte y seguro de sí”* (Allende, 1992, p. 11)⁶¹. Igualmente, en su Carta de Jamaica, en 1815 Simón Bolívar expresó:

*“El reino de Chile está llamado por la naturaleza de su situación, por las costumbres inocentes y virtuosas de sus moradores, por el ejemplo de sus vecinos, los fieros republicanos del Arauco, a gozar de las bendiciones que derraman las justas y dulces leyes de una república. Si alguna permanece largo tiempo en América, me inclino a pensar que será la chilena. Jamás se ha extinguido allí el espíritu de libertad; los vicios de Europa y Asia llegarán tarde o nunca a corromper las costumbres de aquel extremo del universo. Su territorio es limitado; estará siempre fuera del contacto inficionado del resto de los hombres; no alterará sus leyes, usos y prácticas; preservará su uniformidad en opiniones políticas y religiosas; en una palabra, Chile puede ser libre”*⁶²

Lo que refrenda el nacional Francisco Antonio Pinto en carta del año 1845 al general José de San Martín: *“Me parece que nosotros vamos a solucionar el problema de cómo ser republicanos y continuar hablando la lengua española”*⁶³.

El problema se da tras el triunfo de los conservadores en Lircay, en 1829, que se consolida, en específico, con la instauración de la Constitución Política de 1833, de un Estado monolítico y unidireccional, que negó diversas formas y expresiones nacionales y culturales (sobre todo, populares), empezando por los pueblos originarios en la mal lla-

⁶¹ ‘Contribución a la geopolítica del Extremo Oriente’, publicado en *WissenundWehr*, 4º cuaderno, Múnich, 1920. Citado por Joan E. Garcés en Allende (1992), p. 11.

⁶² Bolívar, Simón, *Carta de Jamaica*, texto escrito por el Libertador el 6 de septiembre de 1815 en Kingston, en respuesta a una misiva de Henry Cullen donde expone las razones que provocaron la caída de Gran Colombia, en el contexto de la Independencia de Venezuela.

⁶³ Citado por Salvador Allende en ‘Discurso al instalarse el Gobierno de la Unidad Popular’ de 05 de noviembre de 1970. En Allende (1992), p. 290.

mada ‘pacificación de la Araucanía’⁶⁴. Ese Estado autoritario fue atenuado desde mediados del siglo XIX, por las propuestas progresistas de los liberales –primero- y radicales –después-, y con la profundización de las luchas sociales del siglo XX, desde la llamada ‘cuestión social’ (de inicios del siglo XX) hasta los avances sociales del Gobierno de la Unidad Popular, lo que, en términos jurídico-constitucionales, se traduce en la serie de reformas hechas a la Constitución Política de 1925.

Sin embargo, la imposición –*manu militari*- de un nuevo ordenamiento jurídico constitucional a partir del 11 de septiembre de 1973, implicó un fortísimo retroceso no sólo en la ilación histórica que nuestro país había desarrollado sobre todo en el período 1925-1973, sino que también llevó a inocular en el imaginario colectivo nacional la noción de que el elemento legalidad/seguridad jurídica es el tótem de estabilidad nacional de corte fatal, más allá de si dicho ordenamiento jurídico actúa o no de forma inicua en el corpus ciudadano. Así, volvimos a un punto muy comparable al del 25 de mayo de 1833⁶⁵, borrando de un plumazo gran parte de las conquistas civiles y sociales de nuestra breve historia republicana.

Desde entonces, queda por preguntar qué tipo de Estado tenemos en Chile, y hacia cuál Estado queremos apuntar.

2. Estado (liberal) de Derecho versus Estado democrático y social de Derecho

Bien se sabe que fue el jurista alemán Robert von Möhl quien acuñó hacia 1832 la expresión *Rechtsstaat*, que significa ‘Estado de Derecho’

⁶⁴ Sucinto, pero asertivo estudio, en WaldmackMitnick (2004).

Resulta dramático leer el texto incluido de una presentación oficial del Estado chileno en 1915: “Los indígenas de Chile eran pues escasos, salvo en lo que después se llamó Araucanía. (...) Las condiciones del clima, muy favorables al desarrollo y prosperidad de la raza blanca, hizo innecesaria la importación de negros durante el periodo colonial (...) A estas circunstancias debe Chile su admirable homogeneidad bajo el aspecto de la raza. La blanca o caucásica predomina casi en absoluto, y sólo el antropólogo de profesión puede discernir los vestigios de la sangre aborigen, en las más bajas capas del pueblo” ...

⁶⁵ Fecha de la juramentación y promulgación de la Constitución Política de ese año, portaliana y fuertemente conservadora.

por oposición a *Machtstaat* o ‘Estado de Fuerza’, o Estado de la monarquía absoluta, y a *Polizeistaat* o Estado de Policía; en el Estado de Fuerza el *rex facit legem*, mientras que en el Estado de Derecho *lex facit regem*. Por su parte, sería Otto Bähr quien publicó en el año 1864 un libro con este título (Fix Fierro, 1994, p. 13)⁶⁶, partiendo de la idea de que el concepto del Estado de Derecho no significa que éste reglamente, mediante preceptos, la vida que en él se desarrolla, ni que limite sus fines a la realización del Derecho, sino que tal Estado eleva el Derecho a condición fundamental de su existencia. El concepto de Estado de Derecho supone básicamente que el Estado se somete a la ley que él mismo impone a través de su imperio; ley que es obligatoria para todos, gobernantes y gobernados, en igualdad de condiciones, contrariamente a lo que ocurría en la monarquía absoluta, donde el monarca era *legibus solutus*. Se trata de una respuesta del liberalismo de la Ilustración, en oposición al *ancien régime* anterior a la Revolución Francesa de 1789. En la historia constitucional nacional, dicho concepto del Estado (liberal) de Derecho forma parte eje de la Constitución Política de 1818⁶⁷, la Constitución Política de 1822, el Reglamento Orgánico y Acta de Unión del Pueblo de Chile de 20 de enero de 1823, la Constitución Política de 1823, la Constitución Política de 1828 y la Constitución Política de 1833.

Pero, el Estado (liberal) de Derecho sólo permitía entregar y respetar, por parte del Estado, derechos y libertades civiles y políticas, sin respetar necesariamente las *condiciones de vida* de los habitantes/ciudadanos de cada país. Los movimientos sociales de Europa en la segunda mitad del siglo XIX, la llamada ‘*cuestión social*’ de fines del siglo XIX/ inicios del siglo XX, la Revolución Mexicana de 1910, la Segunda República Española de 1931 y la Revolución Rusa de 1917, llevaron a la palestra la necesidad de que el Estado también debía ocuparse de los llamados *derechos económicos, sociales y culturales* (DESC, en la terminología pedagógica de los derechos humanos), pues, ¿cómo puede concebirse suficiente el poder votar, elegir y ser elegido, pensar, reu-

⁶⁶ Bähr, Otto, *Der Rechtsstaat*, destacado en Fix-Fierro (1994), p. 13.

⁶⁷ Si bien los artículos 1º y 2º del Capítulo II (*De la elección, número y cualidad de los Senadores*) del Título II (*De la Potestad Legislativa*), y el artículo 4º del Capítulo II (*Del Supremo Tribunal Judicial*) del Título V (*De la Autoridad Judicial*) facultaban al ‘Supremo Director’ o ‘Director del Estado’ (es decir, a Bernardo O’Higgins, como encargado del Ejecutivo) para nombrar a tales funcionarios.

nirse, manifestarse, si no se tiene una vivienda digna, una educación digna, un sistema de salud digno, un trabajo digno?, ¿puede concretarse real y plenamente el derecho a la vida, si no están garantizados aquellos otros derechos? Así, la Constitución Política mexicana de 1917⁶⁸, la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de Rusaia y la Constitución de Weimar de 1918 y la Constitución de la Segunda República Española de 1931, abrieron el camino para el reconocimiento por el Estado de dichos derechos, sin dejar de respetar los derechos civiles y políticos, convirtiéndose el Estado (liberal) de Derecho en un 'Estado social de Derecho'. En nuestro país, en cierta forma se considera que la evolución de la Constitución Política de 1925, después de la serie de reformas constitucionales hasta 1971 (la última antes del golpe de Estado de 1973), terminó estableciendo un Estado social de Derecho⁶⁹.

Ya a fines del siglo pasado, sobre todo tras la evidencia del desastre que el llamado 'Consenso de Washington'⁷⁰ y la consecuente aplicación de políticas económicas neoliberales en la región, cuando la mayoría de la población había perdido las esperanzas en sus nuevos gobernantes civiles para mejorar sus condiciones de vida, vino la pregunta: ¿es suficiente que el Estado me permita elegir periódicamente sus autoridades, consagrar en sus textos fundamentales derechos económicos, sociales y culturales, cuando en la práctica las decisiones cardinales sean tomadas sin considerar la participación activa de sus ciudadanos, es decir, de todas y todos? Por ello, se concibe una nueva etapa de democratización del Estado, donde las decisiones sean tomadas en forma 'participativa' y no sólo

⁶⁸ Un buen estudio del Estado democrático y social de Derecho en García Ramírez (2000).

⁶⁹ Sobre los derechos humanos de la Constitución de 1925, y su posterior transformación, en Silva Bascañán y Silva Gallinato (2003). Sobre la normativa internacional, y su falta de regulación específica en la norma constitucional de 1925, Quinzio Figueredo (2003).

⁷⁰ Se entiende como tal un listado de políticas económicas consideradas durante los años '90 por los organismos financieros internacionales y centros económicos con sede en Washington DC, Estados Unidos (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, GATT –hoy Organización Mundial de Comercio–), como el mejor programa económico que los países latinoamericanos (recién salidos de largos períodos de tiranías militares) debían aplicar para impulsar el crecimiento. Ello, al final, se tradujo en '*ajustes estructurales*' que implicaron la privatización de servicios públicos (salud, educación, agua, etc.), la ampliación de las brechas económicas, la reducción de la conducción económica por parte del Estado y la consolidación de los grandes oligopolios económicos.

‘representativa’, como lo presenta la doctrina constitucional clásica⁷¹, a través del llamado ‘Estado democrático y social de Derecho’. Ejemplos claros son los textos constitucionales de Alemania (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, 2010, artículo 20, fracción I)⁷², Francia (Constitución Política de Francia de 1958, 2008, artículo 2°)⁷³, Suiza (Constitución Federal de la Confederación Suiza de 1999, s. f., artículo 2)⁷⁴, Polonia (The Constitution of the Republic of Poland of 1997, 2006, artículo 2°)⁷⁵ y España (Código de Derecho Constitucional, 2015,)⁷⁶, además de los textos vigentes de Venezuela (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, 2011, artículo 2°) y Ecuador (Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, 1998, artículo 1°, y Constitución del Ecuador de 2008, 2011, artículo 1°), y Bolivia (Constitución Política del Estado de Bolivia de 2008, 2008, artículo 1°).

En fin, y después de las experiencias extremas del siglo XX, la actual concepción del Estado se percibe como de amplio respeto de los de-

⁷¹ Valadés, Diego, “Evolución del concepto de Estado de Derecho”, en Valadés, Torruco, Julien-Laferrère y Millard (2011), pp. 216 y 217.

⁷² “La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social”.

⁷³ Señala que “Francia es una *República indivisible, democrática, laica y social* (. . .)”. Este precepto retoma disposiciones de los artículos 1° y 2° de la Constitución de 1946.

El atributo de “*democrática*” se agregó en 1848, cuando se instauró el sufragio universal; la idea queda confirmada por la adopción de la expresión de Abraham Lincoln como párrafo final del artículo 2°: “*Su principio* (de la República) *es: gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo*”. El calificativo de ‘social’ data de 1946. Para los constituyentes de entonces se trataba de ir más allá de la democracia política y realizar la democracia económica y social. Cfr. Bebbasch, Pontier, Bourdon y Ricci (1983), pp. 447 y ss.

⁷⁴ “Artículo 2. Objetivo.

1. *La Confederación protege la libertad y los derechos del pueblo y garantiza la independencia y seguridad del país.*

2. *Promueve la prosperidad común, el desarrollo duradero, la cohesión interna y la diversidad cultural del país.*

3. *Vela por la igualdad de oportunidades posible entre los suizos y las suizas.*

4. *Se compromete a favor de la conservación duradera de las condiciones de vida naturales y de un pacífico y justo Orden Internacional”.*

⁷⁵ “La República de Polonia será un Estado democrático de Derecho, y de aplicación de la principios de la justicia social”.

⁷⁶ Artículo 1°, inciso primero, constitucional: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

rechos humanos en su plenitud, en virtud de lo que el concepto de democracia es inclusivo en todos sus niveles, y donde el principio de supremacía constitucional (y, por tal, el de soberanía nacional) cede ante el sistema jurídico internacional, sobre todo el cuanto este último amplíe el ámbito de protección de los derechos humanos⁷⁷, dando real claridad al *principio de progresividad* establecido en los diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (es decir, que cada vez se profundicen y consoliden más).

El entendimiento del Estado democrático y social de Derecho es un reforzamiento del reconocimiento de los derechos civiles y políticos, pero es también un reconocimiento a nivel teleológico, por parte del Estado, de los derechos económicos, sociales y culturales. El Estado democrático y social de Derecho es un Estado (sobre todo) democrático, en que la democracia es entendida en dos sentidos armónicamente interrelacionados: democracia política como método de designación de los gobernantes y participación activa de los gobernados; y democracia social como la realización del principio de igualdad en la sociedad (Toro Vera, 2005).

Como consecuencia, el Estado asume un rol esencial en la consolidación de los derechos económicos, sociales y culturales, al entenderse la importancia de dicho rol en un mundo neoliberalmente globalizado. El estallido de la ‘burbuja Madoff’, y la inacabable crisis económica mundial de 2008, parecen haber dejado claro hasta dónde el mercado, literalmente, especula con los seres humanos.

⁷⁷ Como reconoce la Constitución Política vigente del Ecuador (2008): “*La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público*” (inciso 2º del artículo 424).

Igualmente se puede consultar el artículo 1º constitucional mexicano, reformado en el 2011, con especial énfasis su incisos segundo y tercero:

“Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

“Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

3. El Estado chileno en la norma ‘constitucional’ vigente

Sin embargo, en nuestro país el texto constitucional actual apenas precisa dogmáticamente la organización jurídico-política como de un ‘Estado (liberal) de Derecho’, en forma tácita en el inciso 1º del artículo 6º: “*Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República*”. De la misma forma, en la enseñanza del Derecho en Chile, pareciera haber un lugar común de que el Estado democrático es el Estado (liberal) de Derecho, y o se omite –o se pasa muy someramente- el estudio del Estado social de Derecho, y qué decir del Estado democrático y social de Derecho⁷⁸.

Siendo claros y sinceros, el actual Decreto Ley –mal avenido en norma constitucional⁷⁹- es un texto nacido en condiciones poco afortunadas: rompimiento del ordenamiento constitucional (y, por ende, del principio de supremacía constitucional), establecimiento de una permanente situación de excepción constitucional (con la consecuente, y ya sabida, violación masiva de los derechos humanos, en su amplio catálogo), inexistencia de órganos de control constitucional y minimización de los partidos y grupos políticos de oposición. Agréguese toda la política estatal de terror aplicada por el Estado chileno en ese período (a través del binomio DINA/CNI), y se entenderá la trama.

El actual texto (malhadado por ‘constitucional’) guarda y conserva profundamente, en su esencia, conceptos ampliamente antidemocráticos y lesionadores de los derechos humanos. No se puede pensar que con la eliminación de los senadores vitalicios y designados,

⁷⁸ “*El Estado de Derechos, así, un Estado sometido al ordenamiento jurídico, el que constituye expresión auténtica de la idea de Derecho vigente en la sociedad, cuyas autoridades son representativas del cuerpo político de la sociedad; además, el poder estatal se encuentra distribuido en órganos y funciones diferenciadas, existen los suficientes controles y responsabilidad de las autoridades estatales y una efectiva garantía y vigencia de los Derechos Humanos*” (subrayado es mío), en *Manual de Examen Habilitante por la Reforma Procesal Penal* (2005), p. 30. También Verdugo, Pfeffer y Nogueira (2005), p. 120.

⁷⁹ DL N° 3. 464, publicado en el Diario Oficial N° 30. 738 de 11 de agosto de 1980. En *Constituciones Políticas de la República de Chile 1810-2005* (2005), pp. 384 a 484. Como se sabe, dicho texto fue plebiscitado bajo pocas democráticas condiciones el 11 de septiembre de 1980, aprobado bajo fuertes acusaciones de fraude, y publicado por DTO N° 1. 150, Interior, en Diario Oficial de 24 de octubre de 1980. Entró en vigencia el 11 de marzo de 1981.

la reposición de la facultad presidencial de disponer de los cargos de los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, o la ampliación de facultades del Tribunal Constitucional (convirtiéndose en un órgano de control concentrado), se pase a un Estado social (ni menos, democrático) de Derecho, por el mero cambio de firma del tirano al ex presidente Lagos y las palabras engañosas de este último⁸⁰. Sigue teniendo la esencia dictatorial, como un ‘modelo consolidado’⁸¹.

Porque no puede ser social (ni democrático) un Estado con las siguientes características:

- Que permita una tremenda desproporción en cuanto a la repartición de la riqueza y profundice las desigualdades económico-sociales⁸².
- Aquel en donde la educación es categorizada según sector social y donde la enseñanza superior dejó de ser gratuita o, por lo menos, barata.
- Aquel en donde el sistema previsional es incluso cuestionado por el Consejo Económico y Social de la ONU⁸³.

⁸⁰ “Chile cuenta desde hoy con una Constitución que ya no nos divide, sino que es un piso institucional compartido, desde el cual podemos avanzar caminando por el camino de perfeccionamiento de nuestra democracia (...) Tenemos hoy por fin una Constitución democrática, acorde con el espíritu de Chile, del alma permanente de Chile. Es nuestro mejor homenaje a la independencia, a las glorias patrias, a la gloria y a la fuerza de nuestro entendimiento nacional”. Palabras del ex presidente Ricardo Lagos Escobarel 17 de septiembre de 2005, en el acto de promulgación del Decreto 100 del Ministerio Secretaría General de Gobierno, que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile (publicado en el Diario Oficial de 22 de septiembre de 2005).

⁸¹ Un excelente y breve análisis, de cuyo título tomo la expresión, en Portales (2006).

⁸² “En los últimos veinte años, Chile ha tenido un sostenido crecimiento económico que se ha manifestado en una duplicación del ingreso per cápita y una notable reducción de la pobreza absoluta. Sin embargo, persiste una inaceptable desigualdad de ingresos y de los niveles y calidad de vida, al tiempo que aumenta la percepción de exclusión social (...) el ingreso autónomo del 20% más rico de la población supera 13 veces a aquel del 20% más pobre”. En Infante y Sunkel (2009), pp. 135 a 154.

⁸³ Informe dado por el Consejo Económico y Social de la ONU de noviembre de 2004 respecto de Chile, en el punto 16 se indica que (textual): “Al Comité le inquieta profundamente que el régimen de pensiones privado, basado en cotizaciones individuales, no garantice una seguridad social adecuada a un gran sector de la población que no trabaja en la economía estructurada o no puede hacer contribuciones suficientes al régimen, como el amplio grupo de los trabajadores de temporada y temporales. El Comité observa que las mujeres se ven par-

- Aquel en donde el sistema de salud sigue privilegiando a sectores privados.
- En el que se mantengan fuertes desigualdades de género⁸⁴, sobre todo en materia de derechos reproductivos, lo que ha quedado meridianamente claro respecto al actual debate en torno al proyecto de ley sobre el aborto.
- Aquel que no tenga como prioridad constitucional la protección de niños, niñas y adolescentes, y que como corolario criminaliza fuertemente las conductas delictivas de dicho sector, sin entender su profunda raíz social.
- En el que no establezca como base el *principio pro-laborem* (en pro o a favor del trabajador, por sobre el empleador), y prohíba el fortalecimiento de los sindicatos y que los dirigentes sindicales puedan participar activamente en política y el derecho a la huelga, derechos que se tienen en el resto de los países realmente democráticos.
- En donde subsista la discriminación respecto de las personas con discapacidad⁸⁵.
- Aquel que trabe en su legislación la instalación de la necesaria figura del Defensor del Pueblo (*ombudsman*), para protección de los derechos humanos (laque, por lo demás, fue propuesta de gobierno de la Concertación desde la candidatura de Aylwin...)⁸⁶.
- Que no tenga participación activa dentro de la economía nacional, y que, por el contrario, por mandato constitucional esté obligado a otorgar fuertes prerrogativas a las organizaciones empresariales/patronales.
- Que privilegie alianzas económicas con países industrializados a través de Tratados de Libre Comercio (TLC), con fuerte desventaja comparativa, y no asuma que la globalización

ticamente afectadas a este respecto: las 'amas de casa' y alrededor del 40% de las mujeres trabajadoras no cotizan en el plan de seguridad social y por consiguiente no tienen derecho a prestaciones de vejez. Además, al Comité le inquieta que las mujeres trabajadoras tengan pensiones medias muy inferiores a las de los hombres, porque se jubilan cinco años antes"

⁸⁴ Al respecto, Fernández Ramil (2009), pp. 221 a 228.

⁸⁵ Un excelente análisis en Kaiser Mancilla (2008).

⁸⁶ Sobre la figura del ombudsman, y su sinuosa historia legislativa nacional, Milos (1999).

internacional impone establecer convenios estratégicos con los países del hemisferio (léase ALBA)⁸⁷.

- El que, privilegiando a los grandes grupos económicos, nacionales y transnacionales, permita la privatización de nuestros recursos naturales (como el cobre), y con ello el ulterior deterioro del ecosistema de nuestra riqueza nativa forestal.
- En donde no se establezca como política una legislación que proteja al migrante.

A su vez, no puede ser democrático (ni social) un Estado:

- Que radique la soberanía en la Nación, la llamada ‘soberanía nacional’, es decir, en lo que los sectores dominantes entienden unívocamente como integrantes de la Nación; y, no en el Pueblo, en la llamada ‘soberanía popular’, esto es, en todos y todas de cada uno/a de los/las chilenos/as, deslegitimando todas las vertientes de chilenidad existentes, tanto en lo étnico, cultural, etc. (parte inicial del inciso 1º del artículo 5º constitucional).
- Que restrinja los derechos humanos (vocablo omnicomprendido y mundialmente aceptado) a ‘derechos esenciales’, concepto excluyente y de clara raíz capitalista (inciso 1º del artículo 5º constitucional).
- Que se niega a ratificar numerosos y variados instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos⁸⁸.

⁸⁷ Un buen análisis parlamentario, nacional, sobre los efectos positivos y negativos del TLC con Estados Unidos y la Unión Europea (antes de la entrada en vigencia de éstos), en Arrau y Loiseau (2004).

⁸⁸ Como el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (CEDAW, 1999), firmado pero aún no ratificado por nuestro país; *Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (“Protocolo de San Salvador”, 1988), firmado pero aún no ratificado por Chile; *Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad* (1968); *Declaración de Cartagena relativa a Refugiados* (1984); *Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos* (ONU 2004); *Convención Interamericana contra la Fabricación y Tráfico Ilícito de Armas de Fuego pequeñas y ligeras* (CIFTA); *Reglamento Modelo para el Control del Movimiento internacional de Armas de Fuego* (2002); y, el *Acuerdo de Wassenaar, relativo a las ‘Buenas Prácticas para las armas pequeñas y ligeras’* (1998).

- Que impida el ejercicio de la facultad participativa de sus ciudadanos, a través de la figura de la consulta popular y el referéndum revocatorio⁸⁹.
- Que establezca una postura oficialmente *laica*, y que –por el contrario- siga supeditando los intereses públicos (protegidos por el Estado) a intereses privados (como el de ciertos grupos religiosos), lo que ha quedado en claro en numerosas resoluciones judiciales respecto del caso de la ‘*píldora del día después*’, o –vuelvo a reiterar- el debate respecto del actual proyecto de ley en torno a la despenalización del aborto (Carrasco Pirard, 2007⁹⁰).
- El que mantiene una legislación⁹¹ que impide el ejercicio de los derechos de reunión pacífica sin permiso previo y sin armas y, el derecho a la libertad de expresión que la misma norma devenida en constitucional dice garantizar.
- Que sigue negando e irrespetando a los pueblos originarios, sobre todo a través de la criminalización de sus legítimas demandas, tipificándolas como ‘*conductas terroristas*’⁹².

⁸⁹ Véase los casos de Ecuador (*artículos 103 a 107 de la Constitución*), Bolivia (*artículo 11-II, 30-II numeral 15, 241, 258-II, 260, 261-III, 275, 299 numeral 33, 398, 411 de la Constitución*) y Venezuela (*artículos 70 a 74 de la Constitución*).

⁹⁰ Bien ha señalado Eduardo Carrasco Pirard, Doctorado en Filosofía y profesor titular de Filosofía en la Universidad de Chile, y miembro fundador y Director Artístico del grupo musical Quilapayún: “*En una nación democrática, lo privado y lo público están obligados a convivir en armonía, pero para que ello sea posible, lo privado debe asumirse como privado y no pretender entrar a suplantar lo público y, por su parte, lo público debe remitirse a actuar en su territorio sin pretender reglar lo que pertenece a nuestra privacidad. Cuando se confunden estos planos, rápidamente comenzamos a rodar por el despeñadero del autoritarismo, por un lado, o del sectarismo, por el otro. Pretender legitimar en el ámbito público lo que solo puede tener validez en el privado, significa en los hechos negar lo primero, pues ello solo puede tener existencia en la medida en que opere en él la neutralidad necesaria para que queden representados en su ámbito todos los ciudadanos*”. En Carrasco Pirard (2004).

⁹¹ Decreto Supremo N° 1. 086, publicado en el Diario Oficial de 16 septiembre de 1983.

⁹² La Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), que representa a 141 ligas u organizaciones nacionales de derechos humanos, y con sede en París, ha lanzado dos sendos Informes sobre la injusta relación al pueblo mapuche: *Chile. Pueblo mapuche, entre el olvido y la exclusión* (2003) y *Chile. La Otra Transición Chilena. Derechos del Pueblo Mapuche, política penal y protesta social en un Estado democrático* (2006). También, un buen y sucinto artículo en Sohr (2006 y 2013).

En este sentido, interesante es la muy reciente opinión del reconocido penalista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni (ex ministro de la Corte Suprema de ese país, y actual candidato de su gobierno a la Corte Interamericana de Derechos Humanos), en torno a la

- Que insista en resaltar que su deber esencial es “*resguardar la seguridad nacional*” (Constitución Política de la República de Chile de 1980, 2014, parte inicial del inciso 5° del artículo 1°), teoría militar surgida durante la década de los años cincuenta del siglo pasado, dentro del contexto de la llamada Guerra Fría, base de las tiranías militares de los años sesenta y ochenta del siglo pasado (Nudelman, 2007, p. 111)-entre ellas, la de Pinochet- cuya aplicación supone la intervención constante y sistemática de las Fuerzas Armadas en la vida política, como una forma de impedir el surgimiento de movimientos sociales dentro de los países, los cuales tendían a cuestionar la injerencia política-militar de las administraciones estadounidenses⁹³, y que en base a dicha premisa limite la libertad de enseñanza (inciso 2° del numeral 11 del artículo 19), el derecho a la huelga (inciso 6° del numeral 16 del artículo 19), la actividad económica (inciso 1° del numeral 21 del artículo 19), el derecho de propiedad (inciso 3° del numeral 24 del artículo 19); determine mediante decreto supremo la exploración, explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión (inciso 11 del numeral 24 del artículo 19); establezca defenderla como un deber fundamental de los chilenos (inciso 2° del artículo 22); establezca como requisito para que el Presidente de la República pueda ejercer la facultad privativa de disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, organizarlas y distribuirlas (numeral 17 del artículo 32); y, se considere como sustento de la existencia de las fuerzas armadas (parte final del inciso 1° del artículo 101).

criminalización de los grupos de resistencia, señalando: “*Con la cocaína pasa algo muy claro: la fabricamos en América Latina y nos peleamos por introducirla a Estados Unidos. Pero si de este lado nos quedamos con los muertos, el norte se queda con 60 por ciento de la renta y 100 por ciento del lavado. Que, además, gana vendiéndoles armas a los narcos. Y a nosotros nos prohíben lavar calzoncillos a través del Grupo de Acción Financiera Internacional, obligándonos a tipificar el terrorismo, que sirve para cualquier cosa. Como en Chile, donde la lucha del pueblo mapuche se tipifica como terrorista*” (subrayado es mío). En Zaffaroni (2015), p. 12.

⁹³ El mismo Comando Conjunto Militar estadounidense (*U. S. Chiefs of Staff*) lo ha definido como: “*la condición que resulta del establecimiento y manutención de medidas de protección, que aseguren un estado de inviolabilidad contra actos o influencias antagónicas*”. AA. VV., ‘*La doctrina de la seguridad nacional*’, en *Derechos Humanos*, Mosca y Pérez Editores, Montevideo, 1985, pág. 408, cit. en Toro Vera (2005).

- En concordancia con lo anterior, el que mantenga como institución pilar del ordenamiento jurídico-constitucional el Consejo de Seguridad Nacional (Constitución Política de la República de Chile de 1980, 2014, artículos 106 y 107).
- Aquel que no tenga clara una política criminal (Jiménez de Asúa, 2008⁹⁴), que continúe aplicando un régimen penitenciario a todas luces obsoleto (Dammert y Díaz, 2005, Jaramillo, 2006 y Tijoux, 2001) y que insista en el concepto de ‘seguridad ciudadana’, cuando ésta es la continuación clara de la política de seguridad nacional y una nueva forma de represión de los sectores populares y de toda forma de protesta y manifestación, siendo incluso superada por la ONU bajo el más amplio y democrático concepto de ‘seguridad humana’⁹⁵.
- Que tienda hacia la llamada unidad jurisdiccional y aún mantenga el fuero y la llamada ‘justicia’ militar en tiempos de paz⁹⁶.
- Aquel que mantenga en su legislación el Decreto Ley N° 2.191 de 1978 (mal conocido como *Ley de amnistía*), que impide esclarecer en forma fehaciente las violaciones masivas a

⁹⁴ La definición más aceptada es la de **Franz von Liszt**: “conjunto sistemático de principios, garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena, con arreglo de los cuales debe dirimir el Estado la lucha contra el delito, por medio de la pena e instituciones similares a ella”. Cit. en Jiménez de Asúa (2008), p. 61.

⁹⁵ Al nivel general, *Delincuencia, Orden Público y Derechos Humanos* (2003); *La Seguridad Ciudadana como Política de Estado* (2005); Silva Sánchez (2001); y, Sorj (2005).

Para el caso nacional, Arriagada y Morales (2006); CandinaPolomer (2005); Guzmán Dálbora (2004); López Regonesi (2000); Matus Acuña (2006); Ramos y Guzmán de Luigi (2000); y, Vásquez y Loiseau (2003).

⁹⁶ Es absolutamente trascendente la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto del llamado *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, cuando indica que “La Corte ha establecido que toda persona tiene el derecho de ser juzgada por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. En un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar” (párrafo 124), “La jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado lo conserve, éste debe ser mínimo y encontrarse inspirado en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno” (parte final párrafo 132, subrayado mío), “Chile, como Estado democrático, debe respetar el alcance restrictivo y excepcional que tiene la jurisdicción militar y excluir del ámbito de dicha jurisdicción el juzgamiento de civiles” (parte final párrafo 139). En Corte IDH (2005).

los derechos humanos cometidos por la tiranía en el período 1973-1978⁹⁷.

- El que no entienda su verdadero rol después de la amplia y monstruosa tergiversación que fue la pasada tiranía de Pinochet.

4. ¿Cuál es nuestra tarea actual?

Desde recién terminada la tiranía militar (1990), diversas propuestas ciudadanas, nacionales e internacionales, han surgido para terminar con el presente texto malavenido en constitucional, criticándolo en su esencia⁹⁸. Estos movimientos se han masificado y tomado mayor conciencia en la última década, y se han hecho gradualmente más expresivos de una heterogeneidad de chilenos, cada uno representante de diversas formas de pensamiento, pero aunados por un profundo espíritu democrático, que sueñan con un Chile cada vez más justo, más solidario, más latinoamericanista; en fin, un país cada vez más humano⁹⁹.

⁹⁷ Al respecto, Galiano Haensch (2004); Nogueira Alcalá (2005); y, sobre todo, *Chile, la incompatibilidad de la Ley de Amnistía con el Derecho Internacional. Informe en Derecho sobre la incompatibilidad del DL N° 2191 de 1978 de Chile con el Derecho internacional* (2001).

⁹⁸ Los movimientos críticos al actual texto constitucional se inician con el proceso fraudulento de aprobación de 1980, al constituirse el llamado Grupo de Estudios Constitucionales (conocido como ‘Grupo de los 24’), representado por destacados constitucionalistas ligados al centro y a la centro-izquierda, en lo que muchos consideran como el núcleo creador del PRODEN (a fines de 1982), precursor de la Alianza Democrática y la posterior Concertación de Partidos por la Democracia; el Grupo de los 24 presentó una serie de contraargumentos al proyecto de la tiranía, entre ellos el de una Asamblea Constituyente (QuinzioFigueiredo, 2002). Esta postura sería abandonada por la Concertación en el programa presidencial de Patricio Aylwin de 1989, al establecer que “*La Concertación de Partidos por la Democracia desde el mismo día de su fundación, ha demandado reformas a la Constitución que faciliten el camino a la democracia (...)*”, jamás plantea el programa una Asamblea Constituyente como proceso generador de un nuevo texto constitucional. En Programa de Gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia (1989), p. 3.

⁹⁹ Ya terminada formalmente la tiranía en 1990, grupos de la llamada izquierda extraparlamentaria se agrupan en la llamada Asamblea de la Civilidad, que denuncian el carácter inicuo del actual texto constitucional, así como demandar un proceso constituyente que cree una Constitución que rompa los candados de la tiranía.

Sin embargo, es con el auge de las protestas de 2011 en el que se da nuevo impulso a la idea de una Asamblea Constituyente, lo que alcanza su auge mediático con el proyecto Marca AC, que pretendía instaurar una opción institucional y viable de consulta ciu-

Lamentablemente, los llamados ‘poderes fácticos’¹⁰⁰, que disfrutaron de los años del terror bajo el tirano, hoy en día continúan siendo lo que el mexicano Octavio Paz definió como “los centuriones de Santiago”; luchan por mantener los privilegios que el sistema económico, profundizado por la norma espuria devenida en jurídico-constitucional, les entrega.

Sin embargo, por primera vez en más de cuarenta años nuestro país se encuentra en una circunstancia de participación popular de dimensiones. Este proceso, iniciado con las grandes movilizaciones en el año

dadana a través de que los electores en las elecciones de 2013 marcaran la palabra AC en el voto, para poder determinar el porcentaje de personas que estaban de acuerdo en este mecanismo; después de varias disputas de si dicha marca (la AC en el voto) podía implicar anular o no el voto, finalmente el Servicio Electoral (SERVEL) accedió a considerarlo como opción válida; y, si bien alcanzó magros porcentajes en el resultado final, se convirtió en un ejercicio novedoso altamente democrático.

En términos académicos, los profesores Fernando Atria y Francisco Zúñiga han sido los mayores teóricos impulsores de un proceso constituyente, aunque el segundo es más cauteloso en cuanto a estar de acuerdo en descartar la AC como mecanismo constituyente.

De los textos más importantes que tengo a la vista, puedo destacar Zúñiga Urbina (2014), texto compilatorio de textos del autor, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, y que incluye los borradores respectivos de las primarias y la campaña presidencial del comando de la actual Presidenta Bachelet; Ensignia, Garretón, Ominami, Rodrigo y Segura (2013), que incluye el Manifiesto generado del encuentro ciudadano realizado en Santiago el 20 de julio de 2013, las exposiciones de dicho encuentro, así como las ponencias del Seminario ‘Experiencia Comparada de Procesos Constituyentes’ efectuado el 10 de junio de 2013, así como un artículo sobre la situación actual de la discusión constitucional en el país; y, el texto colectivo Nuevo Texto Constitucional Chile. Borrador de discusión (2009), que, si bien en mi opinión adolece de la respectiva técnica legislativa-constitucional, y en muchas partes pareciera introducir figuras novedosas pero apenas ‘pegadas’ de otros textos constitucionales (lo que, además de la descoordinación, queda descontextualizada de la historia político-jurídica del país), tiene el mérito de plantear un bosquejo de discusión abierta a la ciudadanía.

¹⁰⁰ “La oposición a los gobiernos democráticos formada por los poderes fácticos empresariales, comunicacionales y militares, así como por su expresión en la derecha, principalmente en la UDI, han definido como puntos básicos de esa oposición la mantención de la institucionalidad política, la intangibilidad del modelo neoliberal y la impunidad en materias de violaciones a los derechos humanos. De modo que en esos puntos cruciales ha habido una oposición cerrada que cuenta, además, con los recursos institucionales, de poder y económicos para tratar de impedir cualquier cambio”, Garretón, Manuel Antonio. “Logros, límites y tareas pendientes de la democratización chilena”, ponencia presentada al seminario *Gobernan-te Andy social justice in Cuba: past, present, and future*, 2005. Cit. por Quiroga y Ensignia (2009), tomo I, p. 308.

2011, adquirió un nuevo cariz con los recientemente conocidos casos de corrupción, que afectan directamente al centro de la participación política en una democracia representativa; significando un fortísimo cuestionamiento a la forma en que se eligen los cargos de elección popular, al verse involucrados con los tradicionales y poderosos grupos empresariales sectores políticos que, aunque mayormente relacionados con la derecha política, también han tocado transversalmente a ciertos sectores de gobierno (v. gr., los procesos judiciales conocidos como Caso Penta, Caso SOQUIMICH y Caso Caval). Todo ello ha revelado aún más el deterioro social creado por el andamiaje jurídico dejado por la tiranía cívico militar (1973-1990), cuyas luces inicuas quedan día con día con mayor evidencia, perjudicando a diversos sectores de nuestra sociedad, sobre todo los menos favorecidos.

Producto de ello, la Presidenta Michelle Bachelet ha propuesto, en una reciente cadena nacional (Bachelet Jeria, 2015a), una serie de medidas anticorrupción¹⁰¹. Aprovechando la situación, y enhorabuena, ha convocado a un proceso que, desde septiembre de este año, desemboque en una Nueva Constitución Política para Chile, medida que sería ratificada en el Mensaje Presidencial de 21 de mayo de 2015 (Bachelet Jeria, 2015b)¹⁰².

¹⁰¹ Con fecha 28 de abril, la Presidenta Bachelet dirigió un discurso, mediante cadena nacional, informando que el Ejecutivo enviaría al Congreso Nacional una serie de medidas para combatir la corrupción. En ese contexto, indicó (Bachelet Jeria, 2015a):

“(...) la tarea que hoy emprendemos se completará de manera natural con la redacción y aprobación de una Nueva Constitución.

Por eso quiero anunciar que en Septiembre, mes de Chile, daremos inicio al Proceso Constituyente abierto a la ciudadanía, a través de diálogos, debates, consultas y cabildos, que deberá desembocar en la Nueva Carta Fundamental, plenamente democrática y ciudadana, que todos nos merecemos”.

¹⁰² *“Esta tarea política que hemos comprometido, contempla igualmente un proceso que nos guíe hacia una nueva Constitución. Porque la democracia que queremos fortalecida y la confianza cívica que necesitamos renovada tendrán su culminación y su sustento en una Nueva Carta Fundamental, democrática, legítima y actualizada.*

La que hoy nos rige no favorece el encuentro de los chilenos ni es la base que requerimos para avanzar al futuro como país moderno.

Necesitamos una Nueva Constitución. La demanda ciudadana es clara y mi compromiso es firme.

Decía Camilo Henríquez, ya en 1813, en su célebre “Catecismo de los patriotas”, que “el pueblo siempre tiene derecho de rever y reformar su constitución” y que “una generación no puede sujetar irrevocablemente a sus leyes a las generaciones futuras”.

Por eso, ante una normativa jurídico-constitucional que, como se ha referido más arriba, en su esencia, impide la participación activa y democrática de los ciudadanos en la vida nacional (v. gr., ausencia de consultas plebiscitarias de iniciativa ciudadana, así como de iniciativas populares de ley; inexistencia del referéndum revocatorio de mandato), se torna necesario exigir de manera vigorosa que este proceso se consolide en la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, que sea manifestación de las profundas necesidades y sueños de la mayoría de los chilenos, ajenos a la toma de decisiones de los grandes grupos económico-políticos, y que nos dé un piso normativo que sea real reflejo de la conciencia democrática, expresada por cada una de las voces que requieren ser escuchadas.

La construcción de una Patria que desde este proceso constituyente consolide los sueños primigenios de nuestros Padres de la Independencia, que haga justicia a los sectores históricamente postergados, que emprenda surcos por donde las generaciones presentes y futuras se sientan plenamente retratadas, que sea dueña de su propio presente y futuro a través de la real valoración de los legados de nuestros ancestros y el control tangible de sus riquezas naturales, sólo es factible en la medida que nos miremos y reconozcamos en nuestra riquísima diversidad, en sus más amplias facetas, pero desde un marco jurídico cuya partida de nacimiento sea ampliamente participativa, de modo

Chile, por primera vez en su historia, tiene la oportunidad de construir una Constitución genuinamente republicana y soberana; que sea política y socialmente acordada; que refleje el país que somos hoy, maduro y democrático.

Una Constitución que exprese el verdadero juego de mayorías y respeto a las minorías. Todo ello, bajo la idea del respeto irrestricto a los derechos humanos y a la igualdad esencial de las personas.

Anuncié que en septiembre iniciaremos un “proceso constituyente abierto a la ciudadanía”, porque la legitimidad de la Nueva Constitución es tan importante como sus contenidos. La Constitución es para todos y por eso todos deben participar en su diseño y aprobación.

Por eso llevaremos a cabo un proceso constituyente que garantice un equilibrio adecuado entre una participación ciudadana realmente incidente y un momento institucional legítimo y confiable.

Y ello debe ocurrir en el contexto de un Acuerdo Político Amplio, transparente y de cara al país, que sostenga este proceso.

Esta es nuestra oportunidad y nuestra obligación histórica. Los invito a todos a participar y trabajar juntos, asumiendo las responsabilidades ciudadanas, con generosidad y pensando en las futuras generaciones”.

En Bachelet Jeria, 2015b, p. 10.

que nos permita caminar seguros e identificados en esta construcción compleja que deseamos sentir como propia, y que reconocemos como Estado de Chile.

Bibliografía

- ALLENDE GOSSENS, Salvador (1992). *Obras Escogidas, 1908-1973*. Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar y Fundación Presidente Allende (España): Santiago de Chile.
- ARRAU, Fernando y LOISEAU, Virginia (2004). *El debate sobre el tamaño del Estado, los ingresos y gastos del Gobierno central en Chile y el costo fiscal de los tratados de libre comercio con el bloque de la Unión Europea y los Estados Unidos*. Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: Santiago de Chile.
- ARRIAGADA LUCO, Camilo y MORALES LAZO, Nelson (2006). "Ciudad y seguridad ciudadana en Chile: revisión del rol de la segregación sobre la exposición al delito en grandes urbes". *EURE*, Vol. XXXII-97, revista del Instituto de Estudios Urbanos y Territoriales. Facultad de Arquitectura, Diseño y Estudios Urbanos de la Pontificia Universidad Católica de Chile: Santiago de Chile.
- BACHELET JERIA, Michelle (2015a), "Presidenta Bachelet en cadena nacional: 'No habrá desarrollo, democracia, paz social, si no reconstruimos la confianza en nuestra vida pública'". Recuperado de <http://www.gob.cl/2015/04/28/presidenta-bachelet-en-cadena-nacional-no-habra-desarrollo-democracia-paz-social-si-no-reconstruimos-la-confianza-en-nuestra-vida-publica/>
- BACHELET JERIA, Michelle (2015b), *Mensaje Presidencial 21 de mayo de 2015*. Gobierno de Chile: Santiago de Chile.
- BEBBASCH, Charles, PONTIER, Jean-Marie, BOURDON, Jacques y RICCI, Jean Claude (1983). *Droitconstitutionnel et institutionspolitiques*. Económica: París.
- CANDINA POLOMER, Azun (2005). "Seguridad ciudadana y sociedad en Chile contemporáneo. Los delincuentes, las políticas y los sentidos de una sociedad". *Revista de Estudios Históricos*, 2, 1. Departamento de Ciencias Históricas de la Facultad de Filosofía de la Universidad de Chile: Santiago de Chile.

CARRASCO PIRARD, Eduardo (16 de mayo de 2004). “La laicidad y la República”, *La Nación*, Santiago de Chile, recuperado de <http://www.lanacion.cl/noticias/notas/la-laicidad-y-la-republica/2004-05-16/035501.html>.

Chile, la incompatibilidad de la Ley de Amnistía con el Derecho Internacional. Informe en Derecho sobre la incompatibilidad del DL N° 2191 de 1978 de Chile con el Derecho internacional (2001). Amnistía Internacional: Londres.

Chile. La Otra Transición Chilena. Derechos del Pueblo Mapuche, política penal y protesta social en un Estado democrático (2006). Informe FIDH N° 445/3. Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH): París.

Chile. Pueblo mapuche, entre el olvido y la exclusión (2003). Informe FIDH N° 358/3. Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH): París.

Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, publicada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de Agosto de 1998 (1998).

Código de Derecho Constitucional (2015). Boletín Oficial del Estado: Madrid.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, publicada en Gaceta Oficial N° 5. 908 extraordinario, de fecha 19 de febrero de 2009, Asamblea Nacional (2011).

Constitución del Ecuador de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 449 de octubre de 2008 (2011).

Constitución Federal de la Confederación Suiza de 1999, texto inoficial (s. f.).

Constitución Política de Francia de 1958, Dirección de Prensa, Información y Comunicación del Ministerio de Asuntos Exteriores y del Departamento de Asuntos Europeos de la Asamblea Nacional (2008).

Constitución Política de la República de Chile de 1980 (2014), Galas Ediciones: Santiago de Chile.

Constitución Política del Estado de Bolivia de 2008, Asamblea Nacional (2008).

Constituciones Políticas de la República de Chile 1810-2005 (2005). Diario Oficial de la República de Chile: Santiago de Chile.

CORTE IDH (2005). *Caso Palamara Iribarne vs Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo Reparaciones y Costas)*. Corte Interamericana de Derechos Humanos: San José de Costa Rica.

- DAMMERT, Lucía y DÍAZ, Javiera (2005). “¿Es la cárcel solución para la delincuencia?”. *Observatorio*, 1. Programa de Seguridad y Ciudadanía FLACSO-Chile. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO): Santiago de Chile.
- Delincuencia, Orden Público y Derechos Humanos* (2003). Consejo Internacional para Estudios de Derechos Humanos (ICHRP): Genève (Suiza).
- ENSIGNIA, Jaime, GARRETÓN, Manuel Antonio, OMINAMI, Carlos, RODRIGO, Patricio y SEGURA, Patricio (Edits.) (2013), *Plebiscito para una Nueva Constitución. Una nueva causa histórica para Chile*. Friederich Ebert Stiftung, El Buen Aire: Santiago de Chile.
- FERNÁNDEZ RAMIL, María de los Ángeles (2009). “Equidad política de género en el Chile actual: entre promesas y resistencias”. *Anuario de Derechos Humanos 2008*. Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile: Santiago de Chile.
- FIX-FIERRO, Héctor (1993). *A la puerta de la ley. El Estado de Derecho en México*. CIDAC: México.
- GALIANO HAENSCH, José (2004). “Amnistía y prescripción. Aplicaciones ilícitas pro-encubrimientos e impunidad”. *Boletín de la Rama Chilena de la Asociación Americana de Juristas*: Santiago de Chile. Recuperado de http://www.memoriayjusticia.cl/espanol/sp_temasgaliano.html.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2000). “Estado democrático y social de Derecho”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XXXIII-98, Instituto de investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México: México.
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis (2004). “Orientaciones político-criminales y reforma constitucional”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo II. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México: México.
- INFANTE, Ricardo y SUNKEL Osvaldo (mayo de 2009). “Chile: hacia un desarrollo inclusivo”. *Revista CEPAL*, 97. Comisión Económica para América Latina (CEPAL): Santiago de Chile.
- JARAMILLO, Betzie (11 de junio de 2006), “Penas comunes. Las cárceles en Chile”, *La Nación Domingo*, Santiago de Chile, recuperado de <http://www.lanacion.cl/noticias/reportaje/penas-comunes/2006-06-10/222007.html>.

- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (2008), *La Ley y el Delito. Principios de Derecho penal*. Abeledo-Perrot: Buenos Aires.
- KAISER MANCILLA, Carlos (2008). *Derechos Humanos y Discapacidad en Chile: un camino hacia la inclusión*. Fundación Henry Dunant América Latina y Ministerio de Planificación (MIDEPLAN): Santiago de Chile.
- La Seguridad Ciudadana como Política de Estado* (2005). Friedrich Ebert Stiftung: Montevideo.
- Ley Fundamental de la República Fundamental de Alemania de 1949*, texto traducido por Ricardo García Macho y Karl-Peter Sommermann, Deutscher Bundestag (2010).
- LÓPEZ REGONESI, Eduardo (2000). *Reflexiones acerca de la seguridad ciudadana en Chile: visiones y propuestas para el diseño de una política*. División de Desarrollo Social del Consejo Económico de las Naciones Unidas para América Latina (CEPAL): Santiago de Chile.
- Manual de Examen Habilitante por la Reforma Procesal Penal* (2005). Academia Judicial: Santiago de Chile.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre (2006). “El Ministerio Público y la política criminal en una sociedad democrática”. *Revista de Derecho*, XIX-2. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile: Valdivia.
- MILOS, Juan Domingo (1999). “Un defensor del pueblo para Chile”. *Perspectivas en política economía y gestión*, 3, 1. Departamento de Ingeniería Industrial de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile: Santiago de Chile.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005). “Decreto Ley de Amnistía 2191 de 1978 y su armonización con el Derecho internacional de los derechos humanos”. *Revista de Derecho*, 18-2. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile: Valdivia.
- NUDELMAN, Ricardo (2007), *Diccionario de Política Latinoamericana Contemporánea*. Editorial Océano: México.
- Nuevo Texto Constitucional Chile. Borrador de discusión* (2009). Al Margen Editores: Santiago de Chile.
- PORTALES, Felipe (17 de diciembre de 2006), “Modelo consolidado”, *La Nación*, Santiago de Chile, recuperado de <http://www.lanacion.cl/noticias/modelo-consolidado/2006-12-16/194931.html>.

- Programa de Gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia* (1989). Concertación de Partidos por la Democracia, diario La Época: Santiago de Chile.
- QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario (2002), “El Grupo de los 24 y su crítica a la Constitución Política de 1980”. *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, Universidad Católica de Valparaíso: Valparaíso.
- QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario (2003), “Los tratados internacionales en la constitución de 1925 y en la jurisprudencia”, *Estudios Constitucionales*, 1, 1, Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca: Talca.
- QUIROGA, Yesko y ENSIGNIA, Jaime (Edits.) (2009), *Chile en la Concertación, 1990-2010. Una mirada crítica, balance y perspectivas*, 2 tomos. Friedrich Ebert Stiftung: Santiago de Chile.
- RAMOS, Marcela y GUZMÁN DE LUIGI, Juan A. (2000). *La Guerra y la Paz Ciudadana*. LOM Ediciones: Santiago de Chile.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María Pía (2003), “Derechos humanos en la Constitución de 1925”, *Ius et Praxis*, 9-1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca: Talca.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2001). *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*. Civitas: Madrid.
- SOHR, Raúl (28 de mayo de 2006), “Terrorismo, mapuches y derechos humanos”, *La Nación Domingo*, Santiago de Chile.
- SOHR, Raúl (2008), *El Mundo y sus Guerras*. Debate: México.
- SOHR, Raúl (02 de agosto de 2013), “Mapuche y terrorismo”, *La Nación*, Santiago de Chile, recuperado de <http://blog.lanacion.cl/2013/08/02/mapuche-y-el-terrorismo/>.
- SORJ, Bernardo (2005). “Seguridad, seguridad humana y América Latina”. *SUR, Revista Internacional de Derechos Humanos*, 3, 2. Red Universitaria de Derechos Humanos: Sao Paulo.
- The Constitution of the Republic of Poland of 1997*, texto en inglés, publicado en DziennikUstaw No. 78, item 483 (2006).
- TIJOUX, María Emilia (2001). *Cárceles para la Tolerancia Cero: clausura de pobres, y seguridad de ciudadanos*. Universidad Bolivariana: Santiago de Chile.

- TORO VERA, Bernardo José (2005), “Política Criminal y Desfiguración del Estado Social de Derecho en las Sociedades Latinoamericanas, con una Aproximación al Caso Guayaquil”, ponencia presentada en el *XVII Congreso Latinoamericano y IX Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, celebrado en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad de Guayaquil, Ara Ediciones: Lima.
- VALADÉS, Diego, GAMAS TORRUCO, José, JULIEN-LAFERRIÈ, François, y MILLARD, Eric (Edits.) (2011), *Ideas e Instituciones Constitucionales en el Siglo XX*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y Siglo XXI Editores: México.
- VÁSQUEZ, David y LOISEAU, Virginia (2003). *Delincuencia y Seguridad Ciudadana. Conceptos y ejemplos de políticas en algunos países*. Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: Santiago de Chile.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005). *Derecho Constitucional Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile: Santiago de Chile.
- WALDMACK MITNICK, Gilda, “Chile: indígenas y mestizos negados” (2004), *Política y Cultura*, 21, Universidad Autónoma Metropolitana (Unidad Xochimilco): México.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (28 de abril de 2015). “En México y AL hay un nuevo genocidio en curso”, *La Jornada*, México, p. 12, consultable también en <http://www.jornada.unam.mx/2015/04/28/politica/012e1pol>.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2014), *Nueva Constitución. Reforma y poder constituyente en Chile*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México: México.

LA EXPERIENCIA HISTÓRICA DEL PODER DESTITUYENTE EN LA ESPAÑA DEMOCRÁTICA: DES-PENSANDO EL RÉGIMEN DEL 78

*Felipe David PONCE BOLLMANN**

Resumen

Para contribuir al debate académico en torno a la Asamblea Constituyente en Chile, este artículo pretende estudiar las experiencias destituyentes de la España democrática, en particular, la Constitución de 1978. A diferencia de Chile, la sociedad española está articulada en un contrato social que aunó todos los actores políticos de la Transición, incluyendo al Partido Comunista. Hay, sin embargo, un punto en común: ambos regímenes están cuestionados. Esa realidad abre la posibilidad de des-pensar las relaciones sociales y políticas que hoy ya no representan la voluntad de las amplias mayorías populares y no responden a los nuevos cambios sociales. Por eso resulta sugerente estudiar los procesos que erosionan y dan lugar a un cambio de época política, desde un enfoque interdisciplinar, determinando las condiciones sociales y políticas de las rupturas constituyentes. Para tales fines se incluye una entrevista inédita al intelectual español, y miembro fundador de PODEMOS, Juan Carlos Monedero.

* Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, Universidad Complutense de Madrid. Contacto: fponce@ucm.es

1. Los elementos de la inestabilidad constitucional en la España del siglo XIX y XX: la tensión entre constitucionalismo y democracia

El primer elemento lo podemos encontrar en la formación tardía del Estado moderno español si observamos la emergencia de la modernidad política en otros países y continentes del mundo. Es bien sabido que el siglo XVII europeo es, en términos políticos, el siglo en que convive el absolutismo con la presencia de una crisis entendida como condición inherente a dicho sistema político. Está asociado generalmente a hechos históricos puntuales como las olas de hambre por las malas cosechas y los impuestos desproporcionados para financiar las campañas bélicas. Como se recuerda, la Revolución Gloriosa en 1688, tras la crisis del reinado de Carlos I, puso fin al Estado absolutista inglés y suele identificarse en la historiografía tradicional como la emergencia temprana del Estado moderno en el continente europeo. En 1776, los Estados Unidos de Norteamérica declaran su independencia y adoptan su Constitución en 1787; en Francia se lidera una revolución burguesa en 1789 y adopta su Constitución en 1793; pero en España el Estado absoluto se prolongó y obstaculizó la penetración de ideas liberales revolucionarias para no alterar “la forma tradicional de gobierno en España”.

Había principalmente cuatro actores fundamentales en la batalla constitucional del siglo XIX: la burguesía liberal que fue una minoría débil; el pueblo que era exclusivamente monárquico; por otra parte, la actitud de Fernando VII entre marzo y mayo de 1808, y su postura pro-napoleónica en el palacio de Valençay, hacía ver que no aceptaría nada que pusiera en peligro su poder. Otro actor importante en toda la historia política y social de España ha sido la reacción de la Iglesia católica contra las Cortes, la Constitución y los liberales desde que éstos abolieron la Inquisición, movilizándose así a un grupo de absolutistas teocráticos decididos a hacer la guerra a la minoría liberal. Con la fuerza y debilidades de estos cuatro actores era difícil pensar en una Monarquía parlamentaria, basada en la soberanía nacional, con grandes atribuciones al Rey, con unas Cortes formadas a través del sufragio universal masculino indirecto, en una Europa que desconfiaba de las ideas liberales.

Un segundo elemento de inestabilidad constitucional la podemos encontrar en la volatilidad del sistema político español. El historiador José Luis Abellán precisaba que “el origen de la dificultad está en la estructura misma de la sociedad española tradicional, que siguió manteniendo hasta muy entrado el siglo XIX un carácter básicamente feudal” (Abellán, 1984: p. 37). Eso determinaría en gran medida los conflictos políticos que se sucedieron en la última mitad del siglo XIX y bien entrado el siglo XX. Las condiciones socioeconómicas de la España del siglo XIX no eran favorables para un proceso de ruptura liberal; de hecho, sólo se cuenta con la incipiente emergencia de una burguesía industrial en zonas de España como el País Vasco y Cataluña. Los cambios en la estructura social y política de otras partes del continente y la construcción de nuevos sujetos políticos- liberales- hacían que el poder patrimonial del gobierno de la monarquía y la aristocracia terrateniente se vieran en profundas dificultades, y ese hecho se demostró en el periodo tumultuoso de 1812-1939. A lo largo de ese periodo se experimentaron siete constituciones diferentes, incluyendo el Estatuto Real de 1837. Cada una de ellas tuvo una vigencia inferior a diez años, lo cual implica que el sistema político español nunca gozó de una unidad coherente. Muchos apuntan, como Barreda y Borge (2006), que las constituciones en España han respondido siempre a dos fuerzas ideológicas claves: el liberalismo y el conservadurismo, y muy pocas al consenso político de las fuerzas divergentes, a excepción de la Constitución de 1837. Pero como veremos más adelante, el consenso y la reconciliación nacional, al menos como se dio en España durante el periodo de Transición a la democracia, tampoco fue la respuesta para construir un sistema político estable.

En el siglo XX la forma de Estado en España también ha sufrido grandes cambios. Hasta 1931 las constituciones españolas que parten con la de 1812 reconocían a la monarquía como forma de gobierno, y sólo durante un breve periodo que va desde 1873 a 1874 (con el golpe de Estado del General Pavia) el sistema político español se organizaría como república. Pero no fue hasta 1931 cuando se lideró un proceso constituyente que recuperaría los elementos más garantistas del espíritu liberal revolucionario europeo. La Constitución de 1931 declaraba: “España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en Régimen de libertad y justicia” (art. 1); “Todos los españoles son iguales ante la ley” (art. 2); “El Estado español

no tiene religión oficial” (Art. 3); o, “La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna”. En tales condiciones, la España de la Segunda República vivía en una tensión, que venía ejerciéndose desde el primer decenio del siglo XIX, entre las fuerzas de cambio y los bloques tradicionales. Dicha tensión se daba entre las fuerzas católicas, la Confederación Española de Derechas Autónomas (CEDA) y las fuerzas de cambio que lideraba Manuel Azaña y Largo Caballero.

El tercer elemento de inestabilidad constitucional fue la tendencia antidemocrática de cada una de las formas de Estado que han tenido lugar en la historia política de España. Desde la monarquía absoluta, pasando por el régimen liberal de 1812, la dictadura populista de Primo de Rivera entre 1923 y 1930, o en cierta medida la Segunda República, la sociedad española no ha conocido hasta el último tercio del siglo XX una democracia liberal más ajustada a un régimen de derechos y libertades, aunque no del todo como veremos durante la Transición. La Guerra Civil de 1936 fue el resultado de los elementos desencadenantes de los actores en tensión, que habíamos antes mencionado. Es decir, la existencia de una derecha poco demócrata, de un cuerpo religioso antidemocrático y de fuerzas progresistas con una composición heterogénea y un pueblo provisto, en los términos de Almond y Verba¹⁰³, de una conciencia política “parroquial”, hacían del conflicto armado un hecho previsible. Sin entrar en los detalles de la Guerra Civil, lo que sí nos interesa rescatar aquí es el sistema político a que dio lugar este conflicto: el franquismo. Este periodo oscuro que vivió la sociedad española durante más de cuarenta años supuso una gran maquinaria de socialización política, que hasta el día de hoy pervive en la conciencia nacional. El franquismo, desde un punto de vista sociológico, supuso no solo un proyecto político y una forma de organizar la economía, sino que también implicó una gran reforma espiritual y una transformación radical de las relaciones sociales; y eso lo demuestra la organización sindical, de mujeres, de niños a través de los textos escolares. La ideología franquista significó un cambio en la dirección civilizatoria de España, construyendo un gran código valórico con el fin de desarticular todos los principios liberales y democráticos del pasado, derramando hasta el día de su muerte ríos de sangre. El periodo

¹⁰³ Almond, G. y Verba, S. (1963): *La cultura cívica. Estudio sobre la participación política democrática en cinco naciones*. Trad. Colección FOESSA. Madrid, Ed. FOESSA.

franquista fue decisivo en la Transición española a la democracia, en cuanto la organización de los nuevos partidos políticos tenía a su espalda un régimen que no dejaría a sus hombres atrás. Lo que sí representó un gran paso para la Transición fue la apertura del franquismo durante los años 1966 y 1968, cuando deja en manos de un puñado de expertos tecnócratas la conducción de una economía autárquica para prepararse a las exigencias liberales de los Estados Unidos. Durante ese periodo de modernización económica y relajamiento de la dictadura franquista, antes de morir el dictador declaraba “dejar todo atado, bien atado”. Y así fue, la Transición no fue capaz de desvincularse nunca del pasado franquista.

2. El estrecho camino de la Transición: la Constitución de 1978

Uno de los rasgos que diferenciaron la Transición española de otros procesos similares en el resto de Europa fue su carácter cupular. En la Ciencia Política estándar abundan estudios acerca de la relevancia de las élites políticas en la estabilidad social y en la garantía democrática (Pareto, 1980; Mosca, 1984; Michels 1991a y 1991b). Pero como veremos no fue ni la Constitución de 1978 ni ese grupo de ilustres demócratas renovados quienes protagonizaron el cambio democrático, sino la ciudadanía. De hecho, la Constitución española aparece como el producto de la presión social ejercida contra la dictadura franquista. Sin embargo, el proceso constituyente que dio lugar al texto de 1978 puede entenderse como un proceso tutelado y limitadamente democrático. Esto es importante en cuanto la forma de liderar una transformación constituyente resulta clave para el texto a que ésta da lugar.

El primer hecho destituyente en la España del 1978 fue el vínculo de la nueva Constitución con el orden legal anterior. Con la llegada del Presidente Adolfo Suárez, en 1976, se estaba preparando desde arriba un cambio político que suponía la sintonía de España con el resto de países europeos y su convivencia con el pasado franquista. En 1977, la Ley para la Reforma Política, impulsada por el gobierno de Suárez, deja el ejército, el Rey y la forma de Estado inamovibles. En realidad, lo que sí supuso un cambio significativo fue el relevo del sujeto soberano que pasó de ser el Estado al pueblo. Pero esto tenía un “truco”, en la

medida que la soberanía estaba representada y expresada en las Cortes Generales y el Rey. Por lo tanto, los hechos pudieron más que las palabras y eso implicó que se creara desde un principio su obsolescencia.

La legalización del Partido Comunista de España (PCE) también fue un hecho destituyente. La respuesta de Ramón Carande¹⁰⁴ cuando le pidieron que resumiera España en dos palabras, fue: “demasiados retrocesos”. Esta declaración nos permite entender los cambios de sujetos políticos transformadores que habían salido de la clandestinidad, después de una lucha encarnizada contra la dictadura franquista, para entrar en las instituciones. Tal vez sea oportuno aquí sostener la siguiente hipótesis: la Transición no trajo la democracia a España. En primer lugar, la legalización del PCE en el gobierno de Suárez significó un importante retroceso democrático, pues en una primera instancia suponía que su legalidad dependía de la actitud del ejército y unas élites políticas- y no de sus militantes-; y en una segunda instancia implicaba una serie de condiciones, tales como aceptar la economía de libre mercado, la bandera falangista, la monarquía como forma de Estado y no entrar en el debate sobre la reparación a las víctimas del franquismo. En las elecciones del año 1977 el PCE obtuvo un pésimo resultado electoral con un 9,33% de los votos, siendo mayoría electoral la Unión de Centro Democrático (UCD) y el Partido Socialista Obrero Español (PSOE). Eso implicaba que las fuerzas de tradición de cambio como el PCE y los sindicatos estaban dispuestas a mantenerse en pie a cualquier precio, y ese precio se cobró en los Pactos de la Moncloa¹⁰⁵.

Hasta el momento la historia de la Transición ha sido un relato construido desde los partidos políticos, y no hemos en ningún caso, hecho mención sobre el papel de la sociedad civil. Mientras funcionaban las Cortes Generales, en ausencia de Franco, un 23 de febrero de 1981 se intenta dar un golpe de Estado liderado por el Coronel Antonio Te-

¹⁰⁴ Ramón Carande (1887- 1986) Fue un historiador y economista español, y uno de los fundadores de la Asociación Española de Historia Económica (AHDE). Para más detalle: www.blogs.publico.es/dominiopublico/4877/deamsiados-retrocesos/

¹⁰⁵ Entre el 8 y 27 de octubre de 1977 las fuerzas políticas, incluido el PCE, llegan a un acuerdo político y económico, denominado “Pactos de la Moncloa”. En ese texto se abordan y aprueban una serie de reformas políticas, económicas y sociales que cambiarían el rumbo de la nación española. El texto del acuerdo está disponible en la web: <http://www.mpr.gob.es/servicios2/publicaciones/vol17/>

jero, durante la sesión para la investidura del candidato a la Presidencia del Gobierno, Leopoldo Calvo-Sotelo, de la UCD. A seis años de la muerte de Franco el relato de la Transición como proceso pacífico queda desmentido; al parecer, la democracia era incompatible con las fuerzas franquistas del ejército, esa misma estructura que la Ley para la Reforma Política de 1977 no quiso reformar. Tras el golpe de Estado de febrero de 1981, fueron adoptadas dos decisiones políticas: el ingreso español en la OTAN y la consumación de los Pactos Autonómicos entre UCD y PSOE. La primera suponía una reinterpretación del artículo 8 de la Constitución, en la medida en que disponía la transferencia de buena parte de la tutela militar sobre la política civil a la OTAN, y la segunda fue una auténtica Convención constitucional, que evidenciaba los límites de una construcción pluralista del Estado de las autonomías.

No romper con el orden anterior significó un saldo de 591 muertos durante la Transición¹⁰⁶. Un 24 de enero de 1977 se produjo la matanza de los abogados laboristas de Comisiones Obreras, falleciendo cinco de los nueve que se encontraban en sus oficinas. Así, la España de la transición seguía con “demasiados retrocesos”. El orden público fue un factor determinante de la Transición. Sirvió para frenar a las mayorías sociales que no aceptaban algunas reglas del juego y donde se producían las reivindicaciones más fuertes. El cambio del franquismo a la democracia debía hacerse con el menor coste político y económico” (Sánchez Soler, 2010). La violencia no cesó tampoco una vez aprobada la Constitución. Entre 1975 y 1982, 233 personas fueron víctimas de la violencia política estatal. Veamos el siguiente cuadro:

Cuadro 1. Víctimas mortales de la violencia política estatal en España entre 1975 y 1982.

Causa	1975	1976	1977	1978	1979	1980	1981	1982	Total
Gatillo fácil	4	11	6	4	9	6	2	8	
Represión política	22	15	20	21	11	1	6	1	
Tortura	1	0	0	1	0	1	4	1	

¹⁰⁶ Puede consultarse la versión periodística de los datos ofrecidos por Sánchez Soler (2010), en: <http://www.publico.es/politica/transicion-cuento-hadas-591-muertos.html>

Total víctima policía	27	26	26	26	20	8	12	10	156
Terrorismo de Estado	6	5	10	7	14	31	5	-	77
Total de víctimas de la violencia política estatal	33	31	36	33	34	39	17	10	233

Fuente: datos elaborados por Gonzalo Wilhelmi (2011) a partir de documentos de prensa y organizaciones de izquierda. Disponible en: <http://www.congresovictimasfranquismo.org/wp-content/uploads/2011/12/26.-Gonzalo-Wilhelmi.-V%C3%ADctimas-de-la-transici%C3%B3n.pdf>

Otro elemento destituyente fue la configuración del sistema político español con la Ley Electoral de 1977, pues implicó un Congreso con un reducido número de Diputados en relación con el censo electoral, elegido a través de un sistema débilmente proporcional y mediante listas cerradas y bloqueadas. También significó un Senado elegido a través de un sistema electoral mayoritario. En conjunto, se estableció una ley electoral que sobrerrepresentaba a las pequeñas provincias rurales tradicionalmente más conservadoras, y que favorecía, a través del sistema D’ Hont, una suerte de bipartidismo imperfecto, distorsionando la proporcionalidad en beneficio de los grandes partidos (Pisarello, 2014: p. 140).

Por último, para dar paso al siguiente apartado, uno de los elementos que demuestran la debilidad de los principios constitucionales inspirados por la edad de oro de la socialdemocracia ha sido la “subsunción de los derechos constitucionales al capital” o, en otros términos, la subordinación de los derechos sociales de vivienda digna, a la salud pública, a la educación, etc., al mercado de capitales. La Constitución española de 1978 fue redactada, entre otros, por Manuel Fraga de Alianza Popular (AP), uno de los brazos derechos del franquismo en un contexto de financiarización y desregulación de la economía mundial, que hasta hoy pervive. En ese contexto, las mayorías sociales golpeadas por una realidad más cruda que su relato, verán en el 2011, el estallido de la indignación ciudadana frente a los abusos institucionalizados durante todo el periodo político dedicado a violar cada uno de los derechos constitucionales.

El estallido de la crisis financiera del año 2008 y la aparición de movimientos de protesta como el de los indignados, emergería en un nuevo sentimiento constitucional. La reforma del artículo 135, que otorga “prioridad absoluta” al pago de la deuda pública sobre objetivos constitucionales como los derechos sociales; o la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto catalán y el fin de la Constitución abierta ha provocado un sentimiento de agotamiento del “consenso constitucional”, que ha construido un fuerte impulso a un nuevo proceso constituyente capaz de superar los límites del régimen político-económico construido a lo largo de los últimos 35 años (Pisarello, 2014: p. 136).

3. Hacia la construcción hegemónica de un poder destituyente-constituyente: el 15 M y su correlato político

*“El viejo mundo se muere. El nuevo tarda en aparecer.
Y en ese claroscuro surgen los monstruos”*

A. Gramsci.

Hace 28 años el sociólogo español Juan J. Linz había publicado su obra ‘La quiebra de las democracias’, investigación que bien representa la preocupación de muchos científicos sociales, historiadores y filósofos políticos por la amenaza latente que ejercía, en aquel momento, el auge de movimientos antisistema a la frágil democracia liberal de masas.

Hoy la misma preocupación se ha suscitado con la emergencia de nuevas subjetividades políticas que han activado nuevas formas de organizar el poder, y amenazan con fortalecer la participación ciudadana en las instancias de decisión política. Recuperar la democracia ha sido hasta hoy uno de los motivos más fuertes para hacer un llamado a la convocatoria de una Asamblea Constituyente. Como hemos visto, a pesar de los argumentos reformistas, la Constitución ha sido más bien “papel mojado”; un relato que ha mostrado su debilidad con el estallido de los Indignados. Lasalle decía “Las cuestiones constitucionales no son en origen cuestiones del Derecho, sino de la política”¹⁰⁷.

¹⁰⁷ “Los problemas constitucionales no son originariamente problemas jurídicos sino cuestiones de poder; la constitución real de un país existe sólo en los poderes reales existentes en un país; las constituciones escritas sólo valen y duran si son la expresión exacta

Precisamente, una lectura positivista de la Constitución supondría desproveer del Derecho Constitucional su objeto de intervención, al sujeto colectivo. Por lo tanto, es importante que en el Nuevo Derecho Constitucional se establezcan las bases para una teoría del poder destituyente como máxima expresión de la soberanía nacional. Hablar de “poder destituir” significa centralizar el rol de los sujetos subalternos en los procesos políticos; como fue, de hecho, el proceso constituyente boliviano, momento en que entre el año 2000 y 2005, el protagonismo político no lo tuvieron ya los partidos políticos sino los movimientos sociales. Eso fue lo que se vio desprovisto en el proceso constituyente español del año 1977, y es que la sociedad civil nunca estuvo presente más que en las calles, muertos o heridos. Con la eclosión de los movimientos sociales, de los Indignados representados en el 15 M, al fin, se empieza a debatir el papel que tiene la sociedad civil en los espacios del poder político.

La experiencia destituyente, en todas partes del mundo, demuestra que es posible sacar los debates parlamentarios a la calle. Son la principal fuerza de regeneración política y tienen dos caminos y un objetivo: (a) cristalizar su poder en la vida cotidiana de la sociedad y (b) constituir su fuerza social en poder electoral. Su objetivo: que la “cola del diablo” esté de nuestra parte. Aunque no se asume un carácter mecánico en los procesos destituyentes- pues se caracterizan por ser una “experiencia” y no una “determinación”, la capacidad destituyente de las fuerzas de cambio se esfuerzan por subvertir los valores dominantes y los discursos preeminentes en un momento político determinado. Esto tuvo su expresión en los discursos de la austeridad, bajo la idea de penalizar y disciplinar a los afectados por la crisis financiera del año 2008. Por otra parte, al menos en España, el 15- M no se quedó en el descontento social, sino que fue capaz de transformar su indignación en una herramienta de cambio político, a través de un movimiento político que nace en 2014 llamado “Podemos”. No todas las experiencias destituyentes tienen su correlato político, y eso precisamente fue lo que en Chile, por ejemplo, sucedió: el descontento ciudadano no tuvo

de los poderes realmente existentes en la sociedad (grs ii: 60; citado en Abellan, 2009: 414)”. Cita pronunciada por F. Lasalle durante su primera Conferencia sobre la Constitución: 16 de abril de 1862. Para más detalles, véase Abellan (2009). Artículo disponible en: http://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/sexta/pdfs/09_abelan.pdf

su correlato político, por lo cual no hay ningún Partido que active a la gran mayoría abstencionista. Desde un punto de vista constitucional esto es relevante, pues la emergencia de nuevos actores políticos con capacidad electoral real puede articular las instituciones políticas con la ciudadanía, en el liderazgo de un eminente proceso constituyente, mediante Asamblea. De hecho, España lideró un proceso constituyente sin contar con las grandes mayorías golpeadas por el franquismo, una experiencia cupular que estuvo destinada al fracaso. Por la misma razón, si se quiere contar al menos con una Constitución que suponga un cambio con el régimen anterior, entonces, debería pensarse no sólo en su contenido y su forma sino también en una mayoría popular hegemónica, fuerte y con capacidad destituyente. De lo anterior, se desprende que constitucionalizar el derecho a la convocatoria de Asamblea Constituyente garantiza la continuidad de un régimen democrático de derechos y libertades.

4. “La Transición contada a nuestros “padres””: entrevista a Juan Carlos Monedero

Para hablar de la experiencia destituyente- constituyente en España se ha realizado una entrevista inédita a Juan Carlos Monedero, intelectual español y miembro fundador de PODEMOS, realizada el 09 de junio de 2015.¹⁰⁸

Hasta el momento, en España se ha relatado la historia de la Transición a la democracia como un proceso político, social, cultural y económico que tuvo lugar por el consenso alcanzado por las fuerzas políticas del franquismo “renovado”, del Rey y su apuesta política personal, el ex Presidente de gobierno Adolfo Suárez. Con la legalización del PSOE y las conversaciones entre Suárez y Santiago Carrillo, del PCE, se coronaría así en España la época de la Transición. Sin embargo, durante este último periodo se han propuesto nuevas interpretaciones y lecturas sobre la Transición, desmitificándola de su perfil pacífico y democrático. Así lo demuestran las obras de Grimaldos (2004), Molinero (2006), Monedero y Paniagua (1999), Monedero (2013) y Sánchez Soler (2010). En ese estado se encuentra el debate sobre la Transición

¹⁰⁸ Para más detalle, véase: <http://www.juancarlosmonedero.org/curriculum/>

española a la democracia, a saber, entre el relato construido a partir de las élites políticas y mediáticas, y las nuevas lecturas que ofrecen nuevos datos al calor del debate constitucional: cuál es, en definitiva, la relevancia de las nuevas interpretaciones de la transición española en el debate constitucional actual.

Nuestra entrevista no sólo está dirigida a analizar con lupa politológica el relato de la Transición, sino sobre todo a presentar al entrevistado como un ciudadano que vivió dicha época, cuya sensibilidad se plasmó en su obra “La transición contada a nuestros padres” (2013). Por lo tanto, nuestra hipótesis general consiste en que el debate sobre el proceso constituyente en España exige repensar la experiencia de la Transición que dio lugar a la Constitución de 1978.

Entrevista

P. : Vamos a hablar primero de la Transición española a la democracia que fue, como bien dijo (Manuel) Monereo¹⁰⁹, la causa de la crisis del Régimen del 78, un mito fundador. En ese sentido, qué me puedes decir al respecto ¿ha sido la experiencia de la Transición, la configuración de los actores, una experiencia destituyente?

R: La Transición tiene dos partes. Una es lo que ocurrió y la otra, el relato, y las dos son muy importantes. Lo que ocurrió se expresa desde lo que [Vázquez] Montalbán¹¹⁰ llamó una “correlación de debilidades”. El régimen franquista no tuvo la suficiente fuerza como para impedir la Transición, pero las fuerzas rupturistas tampoco tuvieron suficientes fuerzas para generar una ruptura. Y esa correlación de debilidades salió una Transición guiada por un consenso dictado básicamente por las fuerzas que salían del régimen franquista. Eso permitió una cooperación de los principales partidos y una renuncia en el proceso a una transformación más interesante. Yo creo, que en cualquier caso, esa transformación hubiese difícilmente sido posible, porque la Transi-

¹⁰⁹ Intelectual, politólogo y abogado español asociado al Partido Comunista de España hasta su expulsión en 1978.

¹¹⁰ Manuel Vázquez Montalbán fue un escritor, periodista, poeta y ensayista español autor de más de un centenar de obras.

ción tiene lugar entre dos hechos muy emblemáticos que son el Golpe de Estado de Salvador Allende en 1973 y la invasión a Afganistán en el 1979; es decir, ocurre en plena Guerra Fría. A veces nos olvidamos de lo que eso significa. Creo que si uno mira lo que sucedió en Portugal, que nace de un golpe de militares demócratas, que permite incluso que en la Constitución aparezca como objetivo la constitución del socialismo, fue rápidamente convertido en “agua de borrajas”. De manera que la conclusión es que la Transición española, en un país grande, difícilmente hubiera significado una ruptura con elementos estructurales; por ejemplo, la entrada de España en el bloque occidental, la puesta en marcha de una transformación del modo de producción, una transformación radical de la democracia. Creo que esas cosas no hubieran tenido lugar.

Ahora bien, al lado de esto hay un relato que lo que ha hecho es ocultar todos los elementos más transformadores de la Transición. Por ejemplo, se dice que la Transición se hizo pacíficamente, mentira: hubo casi 200 muertos; dijeron que la hicieron demócratas, no es cierto, hubo una trampa en el 25 aniversario del golpe de Estado de 1936 y de la victoria en el año 1939. Hubo un punto de inflexión: y es que después de celebrar el primer año de la victoria, el segundo, el quinto, el décimo o el vigésimo, cuando llega el 25 aniversario de la derrota de la República, en vez de celebrarse como tal, se celebraron 25 años de paz. Eso implicó un cambio de discurso, donde el pasado era olvidado en nombre de una lectura de una España arcaica que por fin se había superado. Eso hacía que no se buscasen más responsabilidades sobre el golpe de Estado del 18 de julio de 1936. Golpe de Estado que fracasa, y por eso empieza una guerra civil. Eso pertenece a una etapa donde todos los españoles habíamos perdido el juicio, y se inaugura una nueva etapa gracias “al buen hacer”- se dice- del General Franco. Se opera durante la Transición otra gran mentira, y es que las presiones ciudadanas son explicadas no como una lucha entre el franquismo y el antifranquismo, sino como una lucha entre el búnker y los demócratas. Es decir, la lucha entre franquistas y antifranquistas: del lado de los franquistas están Suárez, Fraga, el Rey, etc. En cambio, si se explica en términos de búnker contra demócratas, donde en el búnker están los de Fuerza Nueva, cuatro ministros de 70 años, y unos cuantos falangistas nostálgicos; y al lado de los demócratas quedan todos, es decir, los que habían pagado con cárcel luchando contra el franquismo.

Allí empieza a construirse un relato muy peligroso. En el año 1979 se registra el mayor número de huelgas y de horas perdidas en la historia de la democracia española. Esto explica que quien realmente trajo la democracia fue la movilización ciudadana. El último año del franquismo, entre 1975 y 1976, está lleno de movilizaciones. Es decir, las movilizaciones son tan fuertes que hay que poner en marcha el fraude del 23 F¹¹¹ para terminar de disciplinar a la ciudadanía ¿Por qué esto es muy importante? porque se ha querido hacer un relato donde las protestas populares desaparecen, y en su lugar cobran relevancia unas élites que, gracias a su inteligencia y capacidad de consenso, acabarían con la larga noche autoritaria y trajeron la democracia. Eso es mentira. La democracia la trajo la ciudadanía, en un contexto donde en España no podía haber dictadura por el contexto europeo, donde había terminado el ciclo de autoritarismo y se ponía en marcha un nuevo ciclo de reconstrucción del modelo capitalista, desde otras bases que no podían ponerse en marcha con regímenes autoritarios. Si desaparece el relato, lo que realmente ocurrió, y es sustituido por una labor virtuosa de unas cuantas élites, perdemos las herramientas para entender nuestro presente; perdemos las posibilidades para explicar las cosas que no funcionan en nuestra democracia y que tienen mucho que ver con la forma en que tuvo lugar la transición. Concluyendo en una frase: los vicios de la transición son los vicios de la democracia. La correlación de debilidades entre el franquismo y las fuerzas conservadoras se zanjó en una transición construida por las élites, pero una vez advenido el régimen democrático el relato sobre lo que ocurrió se le entregó al establishment que ha hecho un relato funcional para una democracia de baja intensidad.

P: La experiencia chilena es una experiencia constitucional anti-democrática [a diferencia de la española]. Por lo que tú me cuentas el relato puede ser muy democrático, pero si lo desarticulamos la realidad es que la experiencia de la Transición y de la Constitución fue en realidad con tintes antidemocráticos.

R: Pero en el caso español sería lo contrario. Sería una Constitución más democrática que su relato, porque la Constitución de 1978 imitó

¹¹¹ El 23 F, es el intento de golpe de Estado del 23 de febrero de 1981, perpetrado por miembros de la Guardia Civil al mando del Coronel Antonio Tejero.

muchos de los artículos que habían incluido las fuerzas vencedoras del fascismo de la Segunda Guerra Mundial. La Constitución española bebe mucho de la Constitución italiana de 1948, la francesa de 1846 y la alemana de 1849, donde hay artículos revolucionarios. Cuando se plantea en la Constitución española que los poderes públicos removerán cualquier obstáculo al libre desarrollo de los españoles; cuando se plantea el derecho a la vivienda digna, al trabajo, a la salud, a la educación; cuando se plantea que toda la riqueza está sometida al interés general, son artículos que son propios de la edad de oro socialdemócrata que se incorporan a nuestra Constitución porque estaba en el ámbito de la época, pero el relato va a ocultar esas posibilidades transformadoras y lo va a conseguir en una Constitución muy conservadora, de facto. Eso se va a traducir en que todo el desarrollo legislativo y toda la jurisprudencia de los años posteriores al año 1978 han estado marcados por ese relato conservador, y por tanto, han ido vaciando la Constitución española. Lo cual indica que para hacer un proceso virtuoso necesitas las dos cosas. Necesitas conseguir una estructura constitucional con capacidades transformadoras y una presión popular capaz de construir una hegemonía transformadora para interpretar esas luchas.

P. : ¿Cuál fue el papel de esa voluntad nacional-popular, esa voluntad ciudadana en la Constitución? ¿Fue realmente decisiva para levantar el espíritu constitucional esa “masa crítica”?

R. : No, había un ánimo en la ciudadanía de transformación, que sobre todo cobró fuerza en las Comunidades Autónomas. Uno de los lemas era “Libertad, Amnistía, Estatuto de Autonomía” que planteaba una ‘reconstitucionalización’ de los poderes regionales. Creo que ese ánimo transformador de la sociedad española tuvo dos subversiones. Una fue entregar a los partidos políticos la gestión de esa transformación y la segunda fue que los propios partidos políticos abandonaron los principios más dinámicos. Había un impulso muy fuerte de la ciudadanía por culpa de la larga noche franquista y una lectura intelectual crítica con el franquismo. Pero allí operó una transformación que desactivó todo. Fue por un lado, la ciudadanía la que entregó a los partidos y los sindicatos toda la responsabilidad, y los partidos y sindicatos se desactivaron a sí mismos en esa idea de consenso que cepilla cualquier

ámbito transformador y, al mismo tiempo, desactivaron la calle, sobre todo a través de los Pactos de la Moncloa y después con otros acuerdos que no funcionaban pero que después tuvieron su respuesta definitiva con el golpe de estado de 23 de febrero de 1981.

P. : ¿Fue un relato despolitizador y desactivador en el movimiento ciudadano?

R. : Totalmente. Es decir, los Pactos de la Moncloa fueron la última aportación del Partido Comunista al proceso de transición, porque el PCE al haber tenido un mal resultado electoral en las elecciones de 1977 ofrece su capacidad de influir en Comisiones Obreras (CCOO) para poder tener un espacio de negociación más fuerte. Y ese espacio de negociación ofrece desactivar la calle a través de CCOO. Esa desactivación de la calle tendrá su correlato con una Constitución que se hace por parte de una cúpula, de hombres blancos y viejos, los llamados “padres de la Constitución” que hacen un proyecto constitucional, que ignoran todo salvo una filtración que hace el PSOE. La gente no participa en el proceso constituyente, y eso es una traición democrática: se perdió la posibilidad de que la ciudadanía española construyera una escuela de ciudadanía. Yo creo que fue una ocasión perdida. Y ha generado una construcción de partidos políticos por encima de la ciudadanía, donde esa manera de funcionar durante la Transición es una manera que aún pervive, en el que los partidos están al margen de la ciudadanía, que no asume la corresponsabilidad que tiene en la construcción democrática. Se la agita para impugnar el orden de cosas, sea un gobierno o fuera en la Transición o el franquismo. Pero en la segunda fase, después de la fase destituyente, en la fase constituyente no se confía en ella. Y eso hace que la ciudadanía que no note que hay una confianza intenta impugnar a los nuevos responsables, pero ellos están legitimados por esa propia nueva mayoría. Entonces lo que opera es la sustitución de élites y no de fuerzas renovadoras.

P. : En el trigésimo aniversario de la Constitución, el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) sacó un barómetro en el que está casi el 50% de descontento con la Constitución ¿tú crees que se notaba la pérdida de confianza hacia. . . ?

R. : Hay un problema en las democracias europeas que es un problema de la democracia representativa, y es una altísima volatilidad. Que una gente en un momento determinado se muestre descontenta de la Constitución no significa absolutamente nada. Si en el mismo momento donde el 50% está enfadado con la Constitución, alguien la abole la gente se echaría a la calle. O si al mismo tiempo si preguntas a la gente en la calle si usted está dispuesto a un proceso constituyente, también te dirían que no. Entonces no son respuestas consistentes. Lo que sí demuestran es que hay un alejamiento de la ciudadanía respecto al régimen del 78. El régimen está compuesto por las instituciones, los actores y las reglas del juego, y eso es lo que no funcionaba. Había un alejamiento de la ciudadanía respecto a los actores, una desconfianza en las instituciones y una perversión en las reglas del juego que se manifiestan en los altos niveles de corrupción, en la manipulación mediática y politización de los jueces. Eso ha generado la emergencia de otras fuerzas políticas, ahora se está verificando que de las dos fuerzas emergentes a penas una, tiene voluntad de cambio, porque la otra que es Ciudadanos no ha dudado en apoyar a los partidos políticos más vinculados con el régimen del 78 en lugares donde más se han comportado como régimen del 78, es decir, el PSOE en Andalucía y el PP en Madrid.

P. : Hablemos un poco del malestar social y de los vacíos democráticos en la España post 78 como la entrada de la OTAN o a la Unión Europea (UE) ¿dónde estaba la sociedad civil en aquel entonces?

R. : En España ha habido dos grandes corrientes de transformación. Una es el acumulado de las peleas de la gente con consciencia, y otra es el choque de realidades que supone la crisis del 2008 y la proletarianización de las clases medias. Esos dos momentos confluyen en el 15 M, en el movimiento de los “indignados”. La primera, que son las protestas históricas desde finales del franquismo va generando un acumulado de insatisfacción por parte de gente que va construyendo una consciencia democrática, pero que es pequeña porque el franquismo logró un genocidio. Estamos hablando de seiscientos o setecientos mil personas muertas durante la guerra, ciento cincuenta mil fusilados. Hay que poner en fila india a ciento cincuenta mil seres humanos fusilados

por defender la República y la Constitución vigente. Aún esas gentes están enterradas en fosas. Esa impunidad del franquismo es también la impunidad de la democracia. Por eso me resulta muy insultante que se presentara la democracia española como ejemplar, y como algo que se podía exportar. Porque si hay algo que precisamente es dañino para la democracia es la impunidad de los responsables de haber acabado con la democracia, y el modelo español fue un modelo de renuncia a los tres elementos que tienen que conformar un proceso virtuoso, que es la justicia, la verdad y la reparación. Son los elementos esenciales sobre los cuales puedes construir democracia, sin ellos construyes remedo de democracia.

Ciento cincuenta mil fusilados, trescientos cincuenta mil presos, quinientos mil exiliados, seiscientas o setecientas mil de muertes dejaron un país devastado, por tanto, la protesta fue débil porque además Franco llegó matando y se despidió matando. En 1975 fusilaron a cinco personas como una forma de castigo para recordar el régimen en su condición más sangrienta. Por tanto, lo que sorprende es que todavía la gente proteste. El año 75 generó inquietud incluso en EEUU porque las protestas eran muy altas. Uno no sabe dónde nace la voluntad de transformación. Tiene mucho que ver con ese acumulado de una memoria a menudo oculta en la esfera pública, pero alimentada silenciosamente en los hogares, con una enorme represión. Y eso va explotar con Segismundo en Palacio con la muerte del dictador con esas exigencias de transformación. Los partidos políticos que han estado prohibidos junto a los sindicatos durante tanto tiempo emergieron como una herramienta democrática, y eso fue un profundo error porque los partidos emergentes no eran radicalmente democráticos y eran deudores de la configuración que tiene un partido cuando nace. Estoy hablando de Alianza Popular, pero también del PSOE y del PCE. Hay un problema añadido en España y es que la recuperación de los partidos, con ese halo de ensueño democrático propio de 40 años de prohibición, tuvo lugar cuando la televisión era el espacio de comunicación política por excelencia, y eso generó una relación entre la ciudadanía y los partidos muy cupular. Hay una frase muy conocida de Alfonso Guerra donde decía “Prefiero un minuto de televisión que cien mil militantes”. Es una señal clara de qué concepción de democracia tenían esos dirigentes. Entonces, esa debilidad por un lado, pero también el acumulado lento y la proletarización de las clases medias

con la crisis del 2008, genera una emergencia de protesta que ya no se identifica con los partidos políticos tradicionales, y eso se encuentra en la Puerta del Sol en Madrid reconfigurando un nuevo espacio político que se caracteriza por una impugnación del régimen en su vertiente política y económica. A la política le pregunta por qué no me representas cuando se trata de una democracia representativa, y al régimen económico por qué me tratas como una mercancía en manos de banqueros y políticos corruptos. Esas dos preguntas- porque el movimiento de los indignados fue una pregunta y no una respuesta-, esa pregunta doble genera una impugnación del régimen, genera ese momento destituyente. Pero ese mismo movimiento 15 M empieza a plantear la necesidad de un proceso constituyente

P. : ¿Y es un mito refundacional el 15 M con capacidad constituyente?

R. : La fase destituyente es muy evidente puesto que a partir del 15 M se van a sentar las bases para la creación de PODEMOS, y la emergencia de PODEMOS, como fuerza política novedosa, implica que se renueve la monarquía, el PSOE y que el partido de Gobierno (PP) tenga que dar explicaciones a las mentiras programáticas, y por tanto, existe una posibilidad de transformación. La fase destituyente es muy evidente: el cuestionamiento del régimen, de su incapacidad de dar respuesta a los problemas territoriales, en los cuestionamientos a los mandatos de Europa en términos de la austeridad. . .

P. : Pero parece que todas estas masas subalternas golpeadas por la historia: por la reconversión industrial, la OTAN y la UE se forman, a través de la acumulación histórica del malestar social, una masa crítica destituyente y que repolitiza a la sociedad.

R. : No es mecánico. Nosotros en nuestros análisis veíamos que las razones para la obediencia se estaban terminando, sobre todo porque establecemos teóricamente razones para la obediencia. La primera es encontrar el punto exacto de la coacción que en España estaba aumentando, y eso genera también un incremento de la desobediencia. En España se estaba creando la legitimidad del régimen que no era carismática ni tradicional, sino legal, procedimental, pero que ya no im-

plicaba autorización política. Ganar unas elecciones ya no significaba una voluntad de obediencia por parte de la ciudadanía, se había quebrado la rutina sobre todo a partir del 15 M que desbarata las formas tradicionales de expresar las demandas populares. Y la última razón de la obediencia tiene que ver con la inclusión, con la condición de ciudadanía. Se habían creado ámbitos: la ciudadanía civil, por el *descafeinamiento* de los derechos civiles, se había relajado la ciudadanía política por el vaciamiento de las elecciones como lugar donde tú puedes establecer un criterio político; el caso más emblemático es Grecia. Se había vaciado la ciudadanía normativa- jurídica por esta doble bala que tenían los jueces al tratar diferentes asuntos. Y muy relevante, se había vaciado la ciudadanía social con los recortes económicos, con el incremento del desempleo, y con el fin de ese acuerdo de la transición de otorgar paz social a cambio de ascenso social.

Se habían roto, por tanto, las razones de la obediencia. Lo que tú no sabes es si eso se va a traducir en una respuesta social; sabes que se han roto las razones de la obediencia pero no puedes sacar la conclusión de que se pueda producir una crisis de régimen, una crisis de Estado que va a suponer un cambio, pues no. Empiezan a operar allí muchos elementos. La gente del independentismo catalán pensaban que había una crisis del régimen, pues no. Lo que había era un proceso destituyente donde solamente, en caso de que operase un cambio de conciencia, eso se podía traducir en una transformación. Y ahí aparece una tensión en las fuerzas transformadoras del 15 M y en el propio PODEMOS, entre la gente que dice que hay un enfado y hay que representar ese enfado, y la gente que decimos hay un enfado, hay que reconducir ese enfado hacia posiciones de mayor conciencia democrática que permita poner en marcha un proceso constituyente. Y en éstas estamos ahora mismo.

P. : España vive un problema territorial histórico. Ramón Cotarelo¹¹² es de los que opinan de que se debe primero resolver el problema catalán y luego el problema español. Decía, claro, antes que hablar del proceso constituyente tenemos que hablar del contrato

¹¹² Ramón Cotarelo es un politólogo español, ha escrito más de un centenar de obras, es traductor, fue Vicerrector de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), y actualmente profesor en dicha casa de estudios.

que tenemos con Cataluña; cuál es nuestra relación con Cataluña, y luego hablamos de otras cosas ¿piensas que el problema catalán pueda ser un obstáculo a la hora de liderar fuerzas constituyentes?

R. : La fortaleza de la sociedad civil implica que los procesos que tienen lugar en Cataluña terminan por afectar al conjunto del Estado. Y es verdad que Cataluña está en un momento que obliga al resto del Estado a un proceso constituyente. Yo creo que es muy difícil pensar en un proceso constituyente en Cataluña que no tenga lugar ese mismo proceso en el País Vasco, Galicia o en otras partes del Estado, y eso lo que me lleva a pensar que la fórmula más virtuosa es un proceso constituyente que afecte al conjunto, un proceso constituyente donde una de las interrogantes sea cuál es el lugar de los diferentes pueblos de España en la articulación del Estado. Yo creo que si adelantáramos la solución del reto catalán al resto del conjunto del Estado sería aprovechado por las fuerzas conservadoras para polarizar la discusión en términos de España se rompe, que dificultaría el proceso constituyente. Por tanto, PODEMOS como yo hemos pensado siempre que es mucho más virtuoso un proceso constituyente.

P. : PODEMOS apuesta por un proceso constituyente y no por la reforma constitucional ¿cuál es el principal argumento que podrías resumir, de fuerza, para poder decir sí al proceso constituyente y no a la reforma constitucional?

R. : Hay muchos. Uno de ellos es que estamos en una crisis civilizatoria que va a implicar cambiar nuestro modo de vida, se incorpora la manera de cómo repartir el empleo, de pensar en rentas básicas, plantear el tema de las migraciones, plantear el cambio climático, el cambio geopolítico, el papel del capitalismo financiero y su incompatibilidad con la democracia. Si miramos todos estos elementos deberíamos pensar en las formas de nuestra democracia y eso implica una responsabilidad ciudadana, y es imposible que ninguna élite de partido o cualquier de otro tipo establezca un diseño que después los ciudadanos la interiorice sin antes debatirlo. Y los temas son de tal calado que precisan un debate ciudadano. Pensemos simplemente en la globalización y cómo nuestros países ya no encuentran soluciones nacionales, sino que gran parte de las soluciones son regionales. El caso de A. L

con UNASUR o incluso la CELAC, eso implica una cesión de soberanía y una discusión de los límites y potencialidades de tu democracia, eso no se puede poner en marcha si la ciudadanía no lo debate, y eso sólo puede hacerse con un proceso constituyente. Solamente con eso ya tenemos un elemento fuerte para expresar por qué es importante un proceso constituyente. Un segundo elemento es lo que decía Jefferson: cada generación tiene que debatir sus reglas básicas de convivencia, porque que si no las ha interiorizado y por tanto no. . .

P. : Como dicen “a cada generación su constitución” . . .

R. : Claro...hay un tercer elemento en el caso de España y es muy relevante, y es que la forma en que se dio la Transición colocó dentro de la Constitución algunos elementos que son antidemocráticos. Por ejemplo, puso el sistema electoral dentro de la Constitución que impide la fórmula un hombre o una mujer un voto, porque genera profundas desigualdades que han concedido a los principales partidos un privilegio dudosamente democrático. Al mismo tiempo la constitución de 1978 no le dio importancia a los derechos sociales, de hecho los ha convertido en papel mojado invalidando reglas superiores como la Declaración de los Derechos Humanos de 1948. Entonces es una Constitución que de facto va contra la declaración del año 1948.

P. : Por tanto, un proceso constituyente es una necesidad histórica en el momento en que vivimos una transición paradigmática como decía Boaventura Sousa Santos ¿Es una necesidad en España?

R. : Es una necesidad en todos nuestros países. Es decir, la magnitud de los cambios en un mundo sin certezas que genera muchas incertidumbre lo puedes solventar de dos maneras, porque es esencial rebajar la incertidumbre, mediante procesos autoritarios que es lo que explica los populismos de extrema derecha o a través de procesos democráticos que impliquen la participación de la ciudadanía. América Latina, España, Portugal y Grecia cometieron un gravísimo error en los años setenta y es hacer procesos de transición cupulares donde la ciudadanía no participaba. Y eso generó lo que (Guillermo) O’ Donnell llamó democracias *delegativas*, es decir, democracias sin la fuerza sufi-

ciente como para poder defenderse de los ataques antidemocráticos, por ejemplo los ataques de los sectores financieros. La única manera de construir democracias fuertes es construir una ciudadanía fuerte, que es una ciudadanía con conciencia, y ser consciente es hacer las preguntas democráticas básicas y eso supone encontrarse en una escuela de ciudadanía que es un proceso constituyente. No hay otra posibilidad. Es imposible que encontremos otra posibilidad de que la gente se pregunte cómo quiere convivir con los pueblos de su entorno, cómo quiere entender los problemas con el acceso al agua, con el acceso a la semilla, al acceso a la tierra, con la emisión de CO₂, con el papel de los ejércitos, la independencia de los jueces, con el papel de los desplazamiento y las migraciones, con los problemas de creación de empleo y de reparto del mismo, con la pregunta de si no tienes que, para ser ciudadano, recibir una renta básica. Todas esas preguntas son difíciles de enfrentar sin una ciudadanía consciente; lo contrario son fórmulas autoritarias. Si América Latina o España cometen el mismo error de los años setenta de pensar que pueden construir todo para el pueblo pero sin el pueblo, volveremos a cometer el error de la emergencia de dictaduras que pueden tener formas democráticas, que en el fondo hemos visto que genera formas tremendas de exclusión que no desmerecen nada el comportamiento de los fascismos.

P. : Un proceso constituyente como necesidad perentoria para transitar de una democracia *delegativa* a una democracia *participativa* para tener ciudadanos conscientes y activos.

R. : Si me dejas resumirte ... los pueblos que se engañan terminan traicionándose a sí mismos, por tanto saquemos una conclusión de las transiciones, y es que nos mentimos. Es tiempo ya de no cometer ese error.

5. Conclusiones

La primera conclusión que podemos extraer de toda la experiencia destituyente-constituyente de la España democrática a partir del año 1978 es que la historia pesa. Como hemos visto, la democracia siempre ha estado en una tensión con la emergencia del constitucio-

nalismo. Con el nacimiento de la Constitución se suelen identificar los primeros Estados modernos, al someter las monarquías al imperio de la ley. En toda su historia constitucional, España, ha convivido con gobiernos antidemocráticos, si quitamos la dos Repúblicas y la experiencia constitucional de 1978. Pero estas excepciones no significan que hayan sido Constituciones “democráticas”; al contrario, la Constitución de 1978, como hemos visto, adolece de serios déficits democráticos que han ido haciéndose cada vez más grandes con el tiempo.

La actual crisis constitucional trasciende a los preceptos constitucionales. Afecta lo que los desarrollos normativos y jurisprudenciales han hecho de ella, bloqueando sus usos garantistas. Al mismo tiempo las Constituciones no están solas, y con ello se quiere decir que se ven profundamente afectadas por la estructura internacional, como con la participación de un país en organismos como la OTAN o la Unión Europea; a las directrices económicas y políticas del FMI y el Banco Mundial, lo cual muchas veces tiene el poder de disminuir el carácter garantista de las Constituciones. Eso supone, por un lado, que las Constituciones deben estar acompañadas de un gobierno nacional que garantice el cumplimiento de la Constitución -expresión de la voluntad popular- sobre cualquier otra recomendación, provenga de donde provenga. Por otra parte requiere una mayoría nacional que garantice la defensa gubernamental de la misma. Por esa razón es perentorio que se constitucionalice el derecho a la Asamblea Constituyente.

Esta percepción de quiebra del consenso constitucional español se ha extendido incluso entre quienes hace poco oscilaban entre el inmovilismo y algunos cambios limitados, en la línea del informe emitido por el Consejo de Estado en 2006. Este quiebre jurídico tiene su fundamento en la exclusión radical de la política de los sectores populares que ha despertado la clásica dialéctica hegeliana del amo y el esclavo. El proceso destituyente está operando en asambleas populares, con indignados tomando plazas; pero que para dar cabal cumplimiento a sus demandas, parece requerir de un cambio en su sistema político.

La Constitución de 1978 comporta un marco de convivencia política que, si pudo tener sus razones en aquella época, resulta hoy totalmente excluyente. Si en otros contextos geográficos, los regímenes políticos se levantaban sobre la exclusión del indígena, la mujer, el pobre o el inmigrante, el sistema político español se edificó, en buena medida,

sobre la exclusión de la política sustituida por el consenso, y con ella de la noción de ciudadanía entendida como sujetos con capacidad de iniciativa y organización propias.

Todo ello, sumado al peso de la oligarquía financiera-inmobiliaria, determinaría el derecho a la vivienda y al trabajo, con propuestas liberalizadoras y *precarizadoras* llevadas adelante en nombre de la modernización y de la flexibilización del mercado inmobiliario y laboral. Por lo tanto, la concepción garantista de la Constitución fue más un relato que una realidad. Eso lo se puso en evidencia con las huelgas generales de 1985 y 1988, y los movimientos estudiantiles de 1986 a 1987. Aunque ni pararon los recortes sociales anunciados por Felipe González, sí supuso una ampliación de los derechos a la educación y a la sanidad. Otro elemento que hemos destacado como destituyente fue el Acta Única de 1986 ratificada en el Congreso casi sin oposición. Esto trajo la subordinación de los derechos sociales y de los servicios públicos constitucionales al libre mercado comunitario.

Con el Tratado de Maastricht de 1992 y la entrada en vigor del Pacto de Estabilidad y Crecimiento de 1997, el proceso de integración adquirió un claro sesgo monetarista. La pérdida de soberanía monetaria, sumada a la asunción de estrictos criterios de reducción de la inflación, el déficit y de la deuda pública forzó, en más de un aspecto, la restricción del gasto social y la contención salarial. Lo que se imponía, así, era una Constitución monetarista, con una marcada matriz neoliberal. El Tratado de Maastricht fue objeto de un amplio escrutinio público en Alemania y Francia, no así en España. La identificación de la integración supraestatal con la superación del aislamiento de los tiempos franquistas y un discurso modernizador desactivaron los reflejos críticos de una opinión pública a menudo dispuesta a dar por bueno todo lo que viene de Europa. De hecho, cuando se le consultó acerca de la eventual biconstitucionalidad del artículo I-6 del Tratado Constitucional en el texto de 1978 (La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a este primaran sobre el Derecho de los Estados miembros), respondió que la primacía del derecho europeo no afectaba en la supremacía de la Constitución (Pisarello, 2014: p. 155)

Quiero transmitir dos mensajes con este artículo: en primer lugar, el hecho de que las Constituciones llevan consigo el germen de su propia

destrucción; es decir, que están supeditadas a las circunstancias del poder, lo cual supone que éstas puedan verse profundamente mermaidas por la corrupción y las reformas regresivas de los grupos políticos preeminentes en un momento determinado. Esto supone el segundo mensaje, y es que en las Constituciones, sobre todo la española, se ve la contradicción principal entre el relato y la realidad, pues con todas las cirugías al régimen constitucional, muchas veces la Constitución deja de lucir como antes, de forma que no hay un ajuste entre lo que preconiza su “espíritu” y lo que vemos en realidad.

Con todo, es importante que los procesos constituyentes tomen en cuenta la posibilidad de dejar abierta, “constitucionalizar”, la posibilidad de convocar en un futuro determinado una nueva Asamblea Constituyente. Así, si las fuerzas del poder político llevan adelante fórmulas antidemocráticas, las fuerzas populares –entendidos como poderes destituyentes- tengan la posibilidad de llevar a cabo un nuevo proceso constituyente a fin de desplazar el régimen anterior y constituir nuevos poderes.

Por último, si queremos crear una Constitución exitosa es perentorio no cometer el error que ya España había cometido con el Régimen de 1978: dar continuidad sustancial al régimen jurídico anterior, al proceso constituyente y hacer de su Constitución “agua de borrajas”. Sería un estrepitoso fracaso y un profundo error que, eventualmente, dejemos deambular los fantasmas del neoliberalismo en la Nueva Constitución chilena y dejemos de lado a la ciudadanía.

Bibliografía

- ABELLAN, J. Luis (1984): *Liberalismo y romanticismo (1808-1874)*. Madrid: Ed. Espasa Libros.
- ALMOND, G. y Verba, S. (1963): *La cultura cívica. Estudio sobre la participación política democrática en cinco naciones*. Trad. Colección FOESSA. Madrid, Ed. FOESSA.
- BARREDA, M., Y Borgia, R. (2006): *La democracia española: realidades y desafíos. Análisis del sistema político español*. Barcelona, Ed. UOC.
- DE CABO MARTIN, C. (2006a): *Teoría constitucional de la solidaridad*. Barcelona, Ed. Marcial Pons. (2010b): *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*. Madrid. Ed. Trotta.

- GRIMALDOS, A. (2004): La sombra de Franco en la Transición. Madrid, Ed. Oberón.
- MICHELS, R. (1991, a): Los partidos políticos. Tomo I. Buenos Aires, Ed. Amorrortu (1991, b): Los partidos políticos. Tomo II. Buenos Aires, Ed. Amorrortu
- MOSCA, G. (1984): La clase política. México, Ed. Fondo de Cultura Económica
- MONEDERO, J. C (2005): La Constitución destituyente de Europa. Razones para otro debate constitucional. Madrid, Ed. Catarata.
- MONEDERO, J. C. y PANIAGUA SOTO, J. L. (1999): En torno a la democracia en España. Temas abiertos del sistema político español. Madrid, Ed. Tecnos.
- MOLINERO, C. (2006): La transición, treinta años después. De la Dictadura a la instauración y consolidación de la democracia. Barcelona, Ed. Península.
- PARETO, V. (1980): Forma y equilibrios sociales. Madrid, Alianza Editorial.
- PISARELLO, Gerardo (2014): Procesos constituyente. Caminos para la ruptura democrática. Madrid, Ed. Trotta.
- SÁNCHEZ SOLER, M. (2010): La transición sangrienta. Una historia violenta del proceso democrático en España (1975-1983). Madrid, Ed. Península.
- VICIANO, R. (Ed.) (2012): Por una Asamblea Constituyente. Una solución democrática a la crisis. Madrid, Ed. Sequitur.
- NEGRI, A. (2015): El poder Constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la Modernidad. Madrid, Ed. Traficantes de Sueños.

LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE ES POSIBLE Y ES NECESARIA

*Carlos ARRÚE PUELMA***

Introducción

El pacto contenido en la Constitución de 1980 está viciado en su forma. No es un contrato social que refleje la voluntad de los chilenos y que represente lo que somos como país, como sociedad y como historia.

Este trabajo pretende explicar por qué está viciada la actual Constitución y cómo la ilegitimidad de que adolece no podrá subsanada. Esa ilegitimidad impacta de forma negativa la convivencia, constituye un factor de división de la sociedad actual y justifica la elaboración de una nueva Carta Fundamental nacida en democracia.

Se requiere una nueva Constitución porque la actual posee déficits tan profundos y significativos que de mantenerse el actual ordenamiento constitucional, estaremos perpetuando la soberanía cercenada, un régimen democrático precario, un catálogo de derechos insuficientemente garantizados, una desigualdad en el acceso a la riqueza, a los bienes y los servicios y un Estado incapaz de aportar al desarrollo de la sociedad.

La futura Constitución debe ser fruto del ejercicio de la potestad constituyente originaria reunida, es decir, de la Asamblea Constituyente.

* Egresado de Derecho en la Universidad de Chile titulándose de Abogado en la Universidad de La Habana, Cuba. Master en Relaciones Internacionales en el Instituto Superior de Relaciones Internacionales “Raul Roa” de Cuba y Master en Manejo Integrado de Zonas Costeras de la Universidad de La Habana, Cuba. Actualmente se desempeña en la Secretaría General de la Presidencia. Correo: carlos.arrue@gmail.com

* Este artículo fue enviado por el autor sin resumen y sin bibliografía.

La Asamblea Constituyente y cualquier otro mecanismo de sustitución están vedados por la actual Constitución, dado que ella no se concibió para que fuera reemplazada sino para asegurar la perpetuidad de sus contenidos.

Puesto que la elaboración de una nueva Constitución es un derecho que el pueblo tiene y que no puede ser negado, la Asamblea Constituyente es tan posible y válida como cualquier otro mecanismo constituyente que pudiera proponerse para que el pueblo exprese su opinión. La posibilidad de emplearla, entonces, está determinada por la voluntad política de institucionalizar éste y todos los mecanismos constituyentes. Pensamos, también, que la Asamblea Constituyente no sólo es posible, sino que además, es el mejor de todos los procedimientos constituyentes por cuanto reviste mayor legitimidad, mayor representatividad, mayor consenso y mayor participación.

Creemos, y con este artículo esperamos convencer que la Asamblea Constituyente es la mejor variante, que es posible que la reunión del pueblo sea una alternativa que culmine con un plebiscito que dé un veredicto final del pueblo sobre lo propuesto por la Asamblea Constituyente. Asimismo, sostenemos que la nueva y futura Constitución debe distribuir la riqueza que el país posee y genera y distribuir asimismo, el poder político para fortalecer la convivencia democrática y así crear un nuevo pacto de convivencia.

El proceso constituyente de 1980 tiene un origen ilegítimo e ilegal

Desde hace mucho tiempo, en Chile, se debate sobre la Constitución de 1980 a causa de su ilegitimidad de origen. La elaboración de la Constitución de 1980 comenzó formalmente a mediados de los años 70 cuando la Junta Militar se arrogó la suma de todos los poderes del Estado mediante dos decretos. El primero de ellos del mismo día 11 de septiembre de 1973 y publicado el día 18 de ese mes. El Decreto Ley N°1 establecía lo siguiente:

“1. - Con esta fecha se constituyen en Junta de Gobierno y asumen el Mando Supremo de la Nación, con el patriótico compromiso de restaurar la chilenidad, la justicia y la institucionalidad quebran-

tadas, conscientes de que ésta es la única forma de ser fieles a las tradiciones nacionales, al legado de los Padres de la Patria y a la Historia de Chile, y de permitir que la evolución y el progreso del país se encaucen vigorosamente por los caminos que la dinámica de los tiempos actuales exigen a Chile en el concierto de la comunidad internacional de que forma parte.

2. - Designan al General de Ejército don Augusto Pinochet Ugarte como Presidente de la Junta, quien asume con esta fecha dicho cargo.

3. - Declaran que la Junta, en el ejército de su misión, garantizará la plena eficacia de las atribuciones del Poder Judicial y respetará la Constitución y las leyes de la República, en la medida en que la actual situación del país lo permitan para el mejor cumplimiento de los postulados que ella se propone.”

Del texto se desprende que la declaración sobre el respeto a la Constitución era contraria a los objetivos refundacionales, que sin duda, la Junta Militar deseaba instaurar, en la medida que ponía fin a un proceso revolucionario. Así, el 16 de noviembre del año 1973, la Junta Militar decidió ser más explícita, publicando en el Diario Oficial el Decreto Ley N°128, cuyas disposiciones son las siguientes:

“Artículo 1°. - La Junta de Gobierno ha asumido desde el 11 de Septiembre de 1973 el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo.

El Poder Judicial ejercerá sus funciones en la forma y con la independencia y facultades que señale la Constitución Política del Estado.

Artículo 2°. - El ordenamiento jurídico contenido en la Constitución y en las leyes de la República continúa vigente mientras no sea o haya sido modificado en la forma prevista en el artículo siguiente.

Artículo 3°. - El Poder Constituyente y el Poder Legislativo son ejercidos por la Junta de Gobierno mediante decretos leyes con la firma de todos sus miembros y, cuando éstos lo estimen conveniente, con la del o los Ministros respectivos.

Las disposiciones de los decretos leyes que modifiquen la Constitución Política del Estado, formarán parte de su texto y se tendrán por incorporadas en ella.

Artículo 4°- El Poder Ejecutivo es ejercido mediante decretos supremos y resoluciones, de acuerdo con lo dispuesto en el decreto ley N. o. 9, de 12 de Septiembre de 1973.”

Tales disposiciones desafían toda la teoría política y resultan inexplicables. Sencillamente se impusieron las bases para un nuevo ordenamiento jurídico haciendo aplicables nuevas normas que carecían de legitimidad y legalidad al arrogarse la Junta Militar una potestad que no podía arrogarse y sin contar con normas para convocar las potestades que invocó. Es decir, la Junta Militar no disponía de normas para invocar la potestad constituyente y tampoco existían hechos materiales que pudieran dar razón de sus normas. Hacer lo que hizo, constituye un acto de fuerza e imposición.

La legitimidad y legalidad de las normas dictadas por quienes acceden al poder desde la “toma del poder” por medios no democráticos, es motivo de gran controversia entre los autores y en la doctrina en general, sobre todo por el predicamento fundante de que toda norma ha de ir envuelta de una razón que la hace obligatoria, que no sea sólo el temor a la sanción. Si existe un régimen de facto que actúa desde y con la fuerza, se entiende que no existen condiciones ni garantías para la democracia, la participación política y/o el ejercicio de derechos políticos y por ende, no hay Estado de Derecho.

Montesquieu, en su célebre libro *El Espíritu de las Leyes*, clasifica los tipos de gobierno en democrático o republicano; aristocrático o monárquico; y el despótico. En el capítulo IX del Libro III señala “como la virtud en una república y el honor en una monarquía, es necesario el temor en un gobierno despótico.”

El Informe Rettig en su Primera Parte, Capítulo II Letra B sobre conceptos, establece en su número 2 algunas formas de violaciones a los derechos humanos e indica los siguientes:

- Detenidos desaparecidos
- Ejecuciones
- Uso indebido de la fuerza
- Muertes en horas de toque de queda
- Abusos de poder
- Tortura

– Actos terroristas

En cuanto a los hechos, la letra siguiente precisa que éstos fueron agentes del Estado. De esta forma, se configura el temor como modo de control social y por tanto, también, como razón para cumplir la norma. Fue el Estado, a partir de 1973, el único responsable de violar los derechos humanos en Chile y esa fuerza y violencia impedía que sus decretos y normas fueran respondidos o contestados desde el Derecho. Su auto invocado y equivocado ejercicio de la potestad constituyente, no pudo ser enfrentado desde el Poder Judicial ni menos, desde el pueblo, que era el único que pudo haberle dado esa potestad. Sus normas son despóticas y el temor radica en la esencia de su potestad constituyente y contamina todo el quehacer constitucional que la dictadura militar desarrolla.

Aristóteles en su obra *La Política* –escrita muchos siglos antes que *El espíritu de la leyes*– hace la misma distinción sobre los tipos de gobierno formulada por Montesquieu. Aristóteles señala que el régimen despótico es el peor y propone una subclasificación de la tiranía. En el Libro Quinto profundiza sobre las causas de las revoluciones, concluyendo que los gobiernos despóticos pueden ser derrocados por tratarse de regímenes impuestos por la fuerza. Es decir, la ilegitimidad de la que adolecen autoriza el uso de la fuerza en su contra y en este caso, la fuerza está validada por cuanto pone fin a un régimen tiránico, cuya remoción no es posible de otro modo. Es éste un sencillo razonamiento basado en las virtudes necesarias de los gobernantes y en los valores que los dominadores sostienen y logran identificar hacia el resto de la sociedad.

La Declaración de Independencia de los Estados Unidos hace suya este planteamiento y con una frase de tremendas y profundas convicciones morales, establece:

“... que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad.” (The Declaration of Independence of the Thirteen Colonies. American Congress, Julio 4, 1776)

En otras palabras, es claro que bajo ciertas condiciones, la usurpación del poder político mediante el uso de la fuerza, legitima al ordenamiento jurídico nuevo y esas condiciones se distinguen a partir del carácter del poder usurpado. Así, se ha distinguido el poder constituido que carece de legitimidad de aquél que fue usurpado de un poder legalmente constituido. La potestad constituyente, por tanto, no está disponible en todo lugar y momento para invocarla y dar lugar a un nuevo ordenamiento jurídico y resulta ajeno al Derecho la auto invocación de la potestad constituyente en contra de un gobierno legalmente constituido.

La distinción anterior es necesaria de hacer para ubicar el caso de Chile. ¿Cómo era el gobierno en 1973, democrático, monárquico o despótico?

Chile, hasta el 11 de septiembre de 1973 y como confirma el DL N° 128 de ese año, contaba con una Constitución vigente y aprobada mediante plebiscito. Esa Constitución establecía un régimen presidencial y un Estado unitario. Asimismo, declaraba a Chile como República democrática representativa (característica que la de 1980 no detenta) y la soberanía, al igual que su versión 1980, estaba radicada en la Nación.

En marzo de 1973, las elecciones parlamentarias para elegir senadores y diputados se desarrollan luego del paro de camioneros del año 1972, que tuvo por fin desestabilizar por la fuerza al gobierno de Salvador Allende. La derrota que le significó a la oposición a la Unidad Popular (UP) el paro de camioneros, hizo que las elecciones de marzo de 1973 fueran vistas como una oportunidad para retomar la ofensiva en contra de la UP. De esta manera, la lucha política había pasado nuevamente al plano electoral donde las fuerzas de la oposición apostaban a la obtención de los dos tercios necesarios para desplazar a Allende constitucionalmente. Sin embargo, estas elecciones tuvieron un resultado distinto. El 43,4% de votos fueron para la UP, siendo la primera vez en la historia de Chile que durante el periodo presidencial, un Gobierno sube en su votación en la mitad de su período. Eduardo Frei Montalva, Presidente entre 1964 y 1970, fue electo con el apoyo de la derecha en 1964 y obtuvo el 55,7% de los votos. En las elecciones parlamentarias de 1967, llegó al 35,6%.

El significado fundamental de estas elecciones es el cierre del camino electoral para las fuerzas contrarias a Salvador Allende. En definitiva, el real objetivo era lograr el fin de ese gobierno. Una opción de la oposición era poner término anticipadamente a su mandato presidencial, o en su defecto, la segunda opción consistía en crear tal correlación de fuerzas que asegurara que su no reelección en 1976. Esta segunda opción, que implicaba respetar medianamente la Constitución y las leyes, no se parecía poder concretarse dados los resultados en las elecciones de marzo de 1973. Pese a todos sus esfuerzos, que incluían el sabotaje, el bloqueo norteamericano, las maniobras de prensa, las políticas desestabilizadoras, las acusaciones constitucionales, etc., la UP se consolidaba electoralmente y por ende, institucionalmente. Así las cosas, la derrota electoral parecía estar definitivamente agotada como opción porque en la legalidad, la Unidad Popular salió vencedora.

En consecuencia, no existió ni existe justificación para el golpe militar fundada en el tipo de régimen del gobierno de Salvador Allende.

No obstante lo anterior, el 22 de agosto de 1973, una amplia mayoría de la Cámara de Diputados presentó un proyecto de acuerdo que tenía por objetivo “representarle” el “grave quebrantamiento del orden constitucional y legal de la República” al Presidente Salvador Allende y a los miembros de las Fuerzas Armadas en el gabinete. Hasta hoy, dicho documento ha sido interpretado, con justa razón, como un llamado directo de la oposición, a poner “termino a la crisis institucional” que constituye un eufemismo para incitar a un golpe de Estado. Hay dos formas de leer esta Declaración de Inconstitucionalidad. La primera es que Allende había llevado a cabo numerosos actos ilegales y la segunda, que la oposición había logrado expresar una mayoría necesaria para materializar la opción del fin anticipado del gobierno de la UP.

En junio de 1973, Francisco Bulnes, senador del Partido Nacional, se reunió con los diputados Hermógenes Pérez de Arce y Enrique Ortúzar. En esa ocasión les pidió que redactaran un proyecto de acuerdo “en el sentido de pedir a las Fuerzas Armadas y Carabineros intervenir para poner término al estado de inconstitucionalidad y violencia ilegal en que vivía el país”. Luego de varios encuentros y correcciones, Bulnes le entregó el texto a Patricio Aylwin, Presidente del Senado y de la Democracia Cristiana. Pérez de Arce ha declarado: “El autor del

borrador básico fue Enrique Ortúzar; el del texto perfeccionado fue Francisco Bulnes y yo sólo hice sugerencias.”

Pérez de Arce señala que “lo que se buscaba era restablecer el imperio de la Constitución y la ley en Chile, pero entendíamos que a esas alturas ello sólo podía lograrse a través de una intervención militar. Ya fuere para convencer a Allende de renunciar a su actuación ilegítima, ya fuere para, en caso de que no cediera en su plan totalitario, hacerlo salir del poder y restablecer la constitucionalidad.” Claro que este ilustre personero, en ese momento no lo expuso en términos tan explícitos.

Gonzalo Rojas Sánchez, en su artículo titulado “11 de septiembre. Los militares terminaron lo que los civiles comenzaron” dice textualmente:

“Ponía así la Cámara de Diputados los fundamentos más claros para poder afirmar sin error que la reacción civil desarrollada durante 3 años para enfrentar al proyecto totalitario del Gobierno de la Unidad Popular ya no bastaba, que era necesaria una reacción militar. Que lo que los civiles habían comenzado, sólo podían terminarlo los militares” (ROJAS SÁNCHEZ, 2003)

En estricto rigor, los civiles se manifiestan políticamente como ciudadanos y este pronunciamiento se hace en las elecciones. Lo que realmente sucedió, entonces, fue que con esta Declaración se logró lo que la oposición en marzo de 1973, no pudo. Le dio el argumento institucional.

Vale la pena agregar el Oficio de la Corte Suprema con fecha 26 de Mayo de 1973 dictaminado por un proceso sustanciado en Rancagua a raíz de incumplimiento de órdenes judiciales obstruidos por autoridades de la UP. Dice en su párrafo central:

“Esta Corte Suprema debe representar a V. E. por enésima vez la actitud ilegal de la autoridad administrativa en la ilícita intromisión en asuntos judiciales, así como la obstrucción de Carabineros en el cumplimiento de órdenes emanadas de un Juzgado del Crimen, que de acuerdo con la ley, deben ser ejecutadas por dicho cuerpo sin obstáculo alguno; todo lo cual significa una abierta pertinacia en rebelarse contra las resoluciones judiciales, despreciando las alteraciones que tales actitudes u omisiones producen en el orden jurídico; lo que además significa, no ya una crisis del

estado de derecho, como se le representó a S. E. en el oficio anterior, sino una perentoria o inminente quiebra de la juricidad del país.” (Oficio, 1973)

Tuvieron que pasar 40 años, para que en 2013, la Corte Suprema hiciera un *mea culpa* en relación al rol que jugó “durante y después del golpe de Estado”. El quebrantamiento a la juricidad, la intromisión en las resoluciones judiciales y obviamente en el nombramiento de sus autoridades es algo de lo que jamás reclamó el Poder Judicial mediante oficio alguno durante el régimen militar. Ello nos permite entender el espacio histórico y juzgar el rol que cumplió la Corte Suprema en la usurpación del poder democráticamente establecido.

En resumen, se trató de hacer aparecer al gobierno legalmente constituido de la UP como un gobierno despótico. Ello era necesario como un paso para crear un clima de inestabilidad, de ingobernabilidad, de crisis institucional y así transitar desde un gobierno legalmente a uno de ejercicio ilegal e irrespetuoso de la norma y la Constitución.

El golpe militar requirió de este precedente de ilegalidad para envolver su propia ilegalidad de una justificación parecida a la que hemos esbozado más arriba, de lo contrario, la usurpación del poder, no resulta justificada y debilita la posición del nuevo poder, que es lo que frecuentemente sucede con los golpes militares. No es baladí entonces, el carácter del poder usurpado y hasta el día de hoy, muchas personas, la gran mayoría de ellos pertenecientes a la derecha, esgrimen como argumento central del golpe militar, el caos previo al 11 de septiembre y la conducta al margen de la ley de personas e instituciones.

Visto así, se entiende que la conducta valorada es el restablecimiento de la legalidad. Sin embargo -aun estando en desacuerdo con ese argumento, pero aceptando su posibilidad como intención-, en los meses inmediatamente posteriores al golpe Militar, no se restablece la legalidad y en lugar de ello, la Junta Militar se arroga la potestad constituyente, quebranta la legalidad e impone la incertidumbre jurídica poniendo fin a un régimen democrático y abre paso a un régimen tiránico.

La historia dice que Luís XIV solía afirmar que él era la encarnación del Estado. En Chile, la Junta Militar, a través del Decreto Ley N° 128, se instituyó como soberano exclusivo al margen de la Constitución de

1925 y expresó la necesidad de dotar a sus actos de legalidad, para lo cual declaró la ilegalidad del ordenamiento vigente sin tener facultades para hacerlo. En una palabra, sedición.

La Constitución de 1925 prescribe:

“Art. 3. - Ninguna persona o reunión de personas pueden tomar el título o representación del pueblo, arrogarse sus derechos, ni hacer peticiones en su nombre. La infracción de este artículo es sedición”.

“Art. 4. - Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo.” (Constitución Política de la República, 1925)

La Constitución de 1980 dispone lo siguiente:

“Artículo 6°. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

“Artículo 7°. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”. (Constitución Política de la República, 1980)

Si estas disposiciones se emplearan para ponderar la legalidad y legitimidad del Decreto Ley N° 128, evidentemente dicho decreto sería

inconstitucional por cuanto la Junta Militar se arroga poderes que ninguna Constitución le otorgó. Por lo demás, sus actos serían sediciosos y por cierto, nulos. En estricto rigor, si no estaba vigente la Constitución de 1925 y menos la de 1980, todos los cuerpos legales dictados por la Junta Militar son susceptibles de nulidad.

En resumen, la Junta Militar no puede arrogarse la potestad constituyente como tampoco corresponde fundamentar su invocación en la ilegalidad de los actos de la UP que, por lo demás, no están realmente acreditados. Quien usurpe el poder lo hace para restablecer la legalidad en representación del pueblo que ha sido vejado por quien gobierne; sin embargo, este no fue el caso, ya que esa legalidad no fue restablecida sino cuestionada, relativizada y finalmente, sustituida.

Las transformaciones propuestas por la UP obviamente implicaban ajustar la legalidad vigente, pero en ningún momento fue desconocida la voluntad popular y el Congreso, en tanto poder constituyente derivado, el cual, dicho sea de paso, fue representado por más parlamentarios de la UP a partir de marzo de 1973. Es decir, la dirección institucional se fue moldeando y acomodando a estos cambios. Lo que verdaderamente ocurrió fue el quebrantamiento de la hegemonía de una oligarquía dependiente de Estados Unidos cuya legalidad constitucional hecha para perpetuar y reproducir un modelo de producción y propiedad dominado por ella, comenzó a ser empleado por Salvador Allende en beneficio de quien estimó pertinente, fundado en el respaldo popular que fue logrando y que no fue sino expresión de la voluntad política del soberano, el que está sobre la Constitución y las leyes, a las que antecede.

Al fin y al cabo:

- 1) La Unidad Popular no quebrantó el ordenamiento constitucional ni violentó la potestad constituyente derivada. No desconoció la voluntad popular, todo lo contrario, obtuvo más votos en las elecciones legislativas de marzo de 1973 y con ello, adquirió el derecho de ajustar la norma a sus propósitos dentro del marco constitucional.
- 2) Después del golpe militar no se restableció la legalidad ni la Constitución de 1925. Todo lo contrario, reinó la discreción y el arbitrio de la Junta Militar.

El plebiscito de 1980 no logra legitimar el proceso constituyente

Por otra parte, aún le quedaba una alternativa a la Junta Militar para subsanar las dificultades mencionadas y legitimar su proceso.

Podría plebiscitar la nueva Carta fundamental. Si bien no hubo Asamblea Constituyente y la Comisión Ortúzar sesionó a puertas cerradas elaborando un documento de carácter refundacional, un plebiscito informado, con garantías en medio de una convivencia pacífica bien pudo haber legitimado todo el proceso. No fue el caso.

El **Decreto Ley N° 3465** del 12 de Agosto de 1980 convocó un plebiscito para el 11 de septiembre de 1980. En un mes debía la ciudadanía formarse una opinión a través de medios dominados por la dictadura militar. A cargo del proceso electoral estuvieron los alcaldes, en esa época todos nombrados por el régimen. Los votos en blanco se contaban a favor de la opción “sí” y los jefes de locales de votación eran designados por la autoridad militar correspondiente. Dos días después de la votación, se reuniría el Consejo Escrutador Regional, que incluía al Conservador de Bienes Raíces como secretario, y diez días después, se reunía el Colegio Nacional en las oficinas del Contralor General de la República.

Para el 11 de septiembre de 1980, en Chile:

- Estaban proscritos los partidos políticos.
- Eran ilegales las organizaciones sindicales.
- Estaban cerrados o clausurados numerosos medios de comunicación.
- La tortura era política de Estado.
- Se habían convertido numerosos recintos en centros de detención o tortura.
- Más de mil personas ya habían sido hechas desaparecer.
- Se habían denegado todos los recursos de amparo presentados menos uno, lo que revela que el Poder Judicial estaba plenamente intervenido.
- No existía Congreso, había sido clausurado.

- La ejecución por razones políticas estaba completamente en rigor tanto dentro como fuera del país.

Es en estas condiciones en las que se aprueba la Constitución de 1980.

En definitiva, la ilegitimidad de origen de la Constitución de 1980 se expresa en los siguientes planos:

- 1) El origen de la Constitución de 1980 se remonta al golpe militar del 11 de septiembre de 1973. Este golpe militar no establece la legalidad sino que la quebranta y su principal autoridad, la Junta Militar, se arroga todos los poderes, cerrando o interviniendo los demás. Se termina el Estado de Derecho y en el país gobierna un régimen de facto, de tipo despótico. De esta forma, el antecedente material que sirve de fuente para el nuevo ordenamiento no es más que la oposición a la UP, cuyo ejercicio republicano, democrático y normado estaba establecido en la Constitución y las leyes. El golpe militar es sólo necesario desde el punto de vista de reponer en el poder a quienes habían sido desplazados del mismo. Visto así, el golpe militar carece de toda legitimidad.
- 2) Entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de septiembre de 1980, la Junta Militar se arroga la potestad constituyente. Deja sin efecto la plena vigencia de la Constitución de 1925 y cree tener un título que valida su actuación nacido de un Decreto Ley. No toma ninguna medida para garantizar el Estado de Derecho y el imperio de la norma sucumbe ante el peso material del poder real que detenta la Junta Militar que de esta forma, es una dictadura militar que ejerce el terrorismo de Estado como política para gobernar. Así, el poder usurpado ni siquiera se ejerce de forma moralmente aceptable.
- 3) La aprobación de la Constitución de 1980 se produce sin ninguna garantía. El país está invadido y ocupado por las Fuerzas Armadas que son la extensión de la Junta Militar. Posee alcaldes, ministros, rectores además de militares y uniformados en ejercicio. Los partidos y las organizaciones sindicales no existen y los medios de comunicación no informan.

Es tan profundo y grave lo que sucede con la Carta Fundamental que la reforma del ex Presidente Ricardo Lagos del año 2005 intentando otorgarle una cierta legitimidad democrática, no logró más que hundirla en un pantano definitivo.

¿Es necesaria una Nueva Constitución?

Hoy la derecha cuestiona la necesidad de una Nueva Constitución. Argumenta que no es prioritario, que las personas requieren soluciones concretas y que una nueva Constitución no resuelve problema alguno. Agrega que en cualquier caso, de modificarse la Constitución debiera ser de forma institucional, respetando las leyes vigentes.

Lo primero que hay que convenir es que la nueva Constitución debiera ser institucionalizada. Es precisamente éste uno de los defectos de origen de la de 1980. En esta misma lógica, el proceso constituyente actual ha de ser todo lo que desde el punto de vista de la legitimidad, no es la Constitución de 1980. Así, ha de cumplir con lo siguiente:

- 1) No afectar la plena vigencia de la Constitución de 1980.
- 2) Garantizar un debate con presencia y participación de los partidos, las organizaciones sociales, gremiales y sindicales.
- 3) Promover un debate informado.
- 4) Sustentarse en un acto de legalidad.
- 5) Ser un avance y no un retroceso en relación a la doctrina y el progreso del pensamiento jurídico.
- 6) Respetar al verdadero poder constituyente que es el pueblo como categoría jurídica.

En este debate sin embargo, es importante insistir en que todas las aprensiones que puedan existir sobre el futuro proceso constituyente en relación a las formas y las formalidades, son aplicables a la Constitución de 1980. Es decir, no pueden convertirse los argumentos que previenen sobre el futuro proceso constituyente en argumentos para mantener la actual Constitución, actuando por la vía inhibitoria.

Ello explica una parte sustantiva del por qué es necesaria una nueva Constitución. Sumado a lo anterior, hay que considerar una serie de defectos e insuficiencias. En definitiva, la Constitución de 1980 adolece de seis problemas que caracterizamos como sigue (no obstante, podría categorizarse de varias maneras):

- 1) Ilegitimidad de origen, imposible de subsanar.**

- 2) **Imposibilidad de legitimarse y que el pueblo la haga suya.** Ello a causa de la aprehensión legal y material y no emocional y al mismo tiempo, por efecto de los quórum altísimos y la existencia de cerrojos institucionales. Un buen ejemplo es el derecho a la educación. La mayoría del país ha optado - y se ha convencido - por la educación como derecho y no como bien de consumo. Sin embargo, prevalece la noción de bien de consumo como una desviación mercantilizada de la libertad de enseñanza dado que en el marco general de subsidiariedad del Estado, el libre emprendimiento en la educación, se expresa como una libertad. Siendo este tema materia de derechos fundamentales, la Constitución - la misma que no tiene legitimidad de origen y que desconoce que la soberanía radica en el pueblo - establece como quórum de modificación, el de 2/3, la más alta. Así, resulta imposible la realización de la demanda social de la mayoría debido a la terca posición de una minoría. Ello hace que no sea posible legitimar la Constitución ya que ella misma establece mecanismos por los cuales se impone la voluntad de una minoría por sobre la voluntad de la mayoría del soberano. Otro ejemplo, lo ofrece el Tribunal Constitucional (TC). Las interrogantes fundamentales de la sociedad se entregan al discernimiento del TC y nunca al pueblo porque éste está por sobre el pueblo. El mismo razonamiento opera en relación al Capítulo sobre Reformas y la oportunidad del pueblo para opinar sobre una materia, quedando éste limitado a dirimir la controversia entre el Presidente y el Congreso. De ahí que el pueblo nunca podrá hacer suya esta Constitución, precisamente, porque no está incorporado en ella.
- 3) **Déficit democrático.** La Constitución de 1980 no concibe la representación como un rasgo. A diferencia de ésta, la Constitución del año 1925 estableció el carácter representativo de la democracia. Esto restringe enormemente los alcances conceptuales de lo que es capaz de ofrecer la Carta de 1980 como directriz democrática, más aun cuando la soberanía la radica en la Nación. Esto la hace estructuralmente deficitaria.
- 4) **Opción neoliberal y autoritaria.** La libertad económica opera para neutralizar al Estado como agente productivo y propietario. En los hechos, se materializa en una opción a favor de las libertades en detrimento de los derechos e inhibe la posibilidad de que el

Estado pueda actuar activamente un rol redistributivo y promotor de políticas públicas con mirada de derechos. Esto explica por qué las políticas públicas son focalizadas y actúan con criterios para asignar bienes. De la mano con ello, el rasgo autoritario se expresa en lo político. No es un Estado ausente sino un Estado centralizado y jerárquico expresado en un presidencialismo exacerbado.

- 5) **Monocultural y uninacional.** La diversidad para el ordenamiento constitucional sólo opera en el plano económico. Dentro de las bases de la institucionalidad, no existe más que las personas y el Estado. Los grupos intermedios de carácter autónomo son entidades vinculadas conceptualmente a la subsidiariedad del Estado y existen en consecuencia, para limitar la acción del Estado. Así, no hay referencia a las comunidades indígenas. Por otra parte, como la soberanía queda radicada en la Nación, la Constitución supone que existe una sola. La captación y comprensión de la diversidad por parte de la Constitución existiría si reconociera al pueblo como soberano.
- 6) **Hiperpresidencialismo.** El rasgo autoritario y el menosprecio al carácter participativo de la democracia, inclina la Constitución conceptualmente hacia el presidencialismo exacerbado. El escaso interés por promover un rol activo del Congreso, no es una casualidad sino más bien es propiciado expresándose en las atribuciones exclusivas del Presidente y en la facultad exclusiva de hacer presente las urgencias. En los hechos, el colegislador es el Congreso y no la institución presidencial.

La Nueva Mayoría y la Nueva Constitución

El año 2013, la candidatura de Michelle Bachelet ganó la elección presidencial con un Programa de Gobierno que incluía como compromiso una Nueva Constitución. En el programa se abordaban los desafíos que esta tarea impone. Sostiene que Chile debe reencontrarse con sus tradiciones republicanas y **dar origen a una Nueva Constitución**, que sea fruto de un **auténtico consenso constitucional**, propone asimismo los contenidos básicos de una Nueva Constitución.

- 1) **Derechos humanos** – A la vida, integridad física y psíquica, a la igualdad y no discriminación, libertad y seguridad personal, tutela

judicial y debido proceso, libertad de conciencia y expresión, derechos de las niñas y niños y adolescentes, etc.

- 2) **Sistema Político** – Propone un **Estado social y democrático de Derecho** que desarrolle un “buen gobierno”, cuya **soberanía sea popular en una República democrática**. Aborda también sistema electoral, quórum, género, partidos políticos, Estado laico, pueblos indígenas, participación ciudadana, descentralización, Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Fuerzas Armadas, etc.

¿Cómo propone lograr una Nueva Constitución? Mediante “un **proceso democrático, institucional y participativo**”. Al respecto, el Programa define lo que entiende por institucional y participativo, no así democrático que tal vez podría interpretarse como la necesidad que el nuevo texto constitucional sea ratificado por un plebiscito.

- 1) *Institucional* – “**La Presidenta y el Congreso Nacional deberán concordar criterios que permitan dar cauce constitucional y legal** al proceso de cambios y que permitan la expresión de la real voluntad popular en el sentido de los cambios.”
- 2) *Participativo* – “**La ciudadanía debe participar activamente en la discusión y aprobación de la Nueva Constitución**. Para tal efecto, el proceso constituyente supone, de entrada, aprobar en el Parlamento aquellas reformas que permitan, precisamente, una deliberación que satisfaga esta condición”. (Programa Nueva Mayoría, 2013)

En nuestro caso, en Chile, ni la Constitución ni el ordenamiento legal suministran un camino institucional para hacerse de una nueva Constitución. En consecuencia, plantearse una Asamblea Constituyente o plegarse a un proyecto de Constitución enviado al Congreso requiere siempre y en todo evento, de una norma. **Hoy no hay ningún mecanismo per se institucional y todos los órganos constituyentes deben ser institucionalizados o enmarcados en una normativa que sea conocida previamente a su entrada en funcionamiento.**

La Asamblea Constituyente por su parte, cumple con dos requisitos de los tres; es democrático y es participativo. Ningún otro mecanismo cumple con estos dos requisitos. El Congreso, sólo reúne el requisito de ser participativo, pero no es democrático, de hecho, para que el Congreso pueda ser considerado una alternativa de mecanismo, primero cabe

reformar la Constitución para que pueda elaborar una nueva Constitución dado que no tiene facultades para realizar dicha tarea. La Constitución sólo lo faculta para elaborar leyes, por lo que no sería institucional ni tampoco democrático que se someta a su consideración una nueva Constitución, salvo que se reformara el artículo 46°. No obstante si ello ocurriera, probablemente se activaría el Tribunal Constitucional al observar una amenaza a la sobrevivencia de la Constitución de 1980.

Visto y considerando lo expuesto, el camino de la institucionalización tal vez suponga dos factores centrales: primero, se requiere que los cambios operen a nivel de ley y no a nivel de reforma constitucional o ley orgánica; segundo, que todos los mecanismos deben ser sometidos a esta misma regla de institucionalización. No hay atajo posible ni menos sería aceptable.

Asamblea Constituyente

¿Por qué la derecha y algunos sectores de la Nueva Mayoría se obstinan en asociar la Asamblea Constituyente con el caos y el desorden? ¿Por qué prefieren enviar un proyecto de ley y evitar el debate ciudadano? ¿Por qué se le da rango supra constitucional a la Constitución de 1980? ¿Debemos estar tutelados por lo que dispone la Constitución y el constituyente que usurpó el poder y cuya perpetuación sólo prolonga un ordenamiento ilegítimo?

Los esfuerzos de algunos por encontrar un mecanismo que permita reemplazar la Constitución empleando la normativa vigente, serán infructuosos por cuanto este mecanismo, no existe. Lo anterior fuerza la conclusión de que la única manera plausible de reemplazarla es reconociendo la necesidad de recurrir a un procedimiento que exprese la voluntad del constituyente, sea como originario o como derivado, que no está en la Constitución.

Curiosamente quien alumbró esa conclusión fue el Tribunal Constitucional. En la causa Rol N° 272 originada en requerimiento formulado por diversos diputados para que el Tribunal resolviera sobre la inhabilidad de Augusto Pinochet Ugarte para desempeñar el cargo de senador vitalicio, en virtud del artículo 82° N° 11 de la Constitución, el TC, en fallo de 18 de marzo de 1998 declara que:

“la Constitución es el estatuto jurídico de mayor jerarquía dentro del ordenamiento positivo que surge como expresión de un Poder que se denomina “Constituyente”. A éste se le define como “la facultad inherente a toda comunidad política soberana a darse su ordenamiento jurídico político originario por medio de una Constitución y a reformar a ésta total o parcialmente cuando sea necesario”. (Linares Quintana, Segundo, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, 2ª Edic. tomo 3, pág. 201). De esta manera, el Poder Constituyente puede ser de dos clases: “originario” y “derivado o instituido”. El primero es aquel que inicialmente dicta una Constitución o crea una posterior, desligada de su predecesora, a consecuencia de una ruptura institucional. El segundo se expresa cuando, en virtud de una disposición constitucional que lo autoriza, se reforma, revisa o enmienda la Carta Fundamental;

De los conceptos anteriores fluye que el Poder Constituyente originario es la expresión máxima del Poder del Estado, ya que crea el ordenamiento jurídico fundamental, estableciendo los “poderes constituidos” fijando sus atribuciones, encauzando sus actuaciones y, en fin, imponiéndoles limitaciones para asegurar, recíprocamente, su independencia y dar debida protección a los derechos de las personas que la misma Constitución reconoce;

11°. Que la Carta Fundamental de 1980 constituye una manifestación del Poder Constituyente originario, ya que ella surge como consecuencia del quiebre institucional ocurrido en septiembre de 1973 y al margen de las normas establecidas en la Constitución de 1925 para su reforma;

12°. Que, en consecuencia, al Tribunal le está vedado entrar a conocer de una pretensión de validez o legitimidad de los preceptos contenidos en el artículo 4º y en la disposición decimocuarta transitoria, inciso primero, de la Carta Fundamental, ya que el hacerlo importaría arrogarse una facultad que no se le ha conferido y lo que es más grave, situarse por sobre el Poder Constituyente originario;” (1998)

Con este pronunciamiento, se evidencia que el TC es consciente de que no puede conocer de materias que son competencia del poder constituyente originario y la única materia que es de competencia del poder constituyente originario es una nueva Constitución, cualquier otra materia queda sometida a la regulación de la Constitución de 1980 que, como ya sabemos, no admite la posibilidad de elaborar

una nueva Constitución. En consecuencia, el Tribunal Constitucional, tratándose de materias relativas a la elaboración de una nueva Constitución, no podría pronunciarse si se tramita esta materia en una norma distinta a una de rango constitucional.

Ninguna Constitución puede impedir que exista otra ni puede tampoco decretar, establecer o diseñar futuras Constituciones. Sólo el pueblo puede refrendar una Constitución, lo contrario sería reconocer que está dotada de una fuerza legitimadora por encima del único depositario de la potestad constituyente originario.

En conclusión, la Constitución no tiene potestad constituyente y sólo puede reformarse cuando el titular de la potestad constituyente se lo haya conferido por razones de eficiencia y administración normativa y en los casos que así lo disponga el texto.

En cambio, el pueblo no requiere mandato para ejercer su potestad constituyente y no necesita mención expresa para ejercerla. Si el texto constitucional o la ley no dice nada al respecto, no desaparece la potestad constituyente. De hecho, la Constitución establece expresamente que los órganos del Estado son los que deben someter su acción a la Constitución, siendo evidente que no podría hacer este señalamiento con relación al ejercicio de la potestad constituyente.

De esta forma, en las actuales condiciones normativas, no hay argumento para impedir la creación de una nueva Constitución y por cierto, para elaborarla mediante una Asamblea Constituyente.

Entonces hoy, la responsabilidad de encontrar una vía institucional depende fuertemente de la Nueva Mayoría y sería un grave error descartar la Asamblea Constituyente como alternativa sobre todo porque cumple con dos de las tres características que el programa de gobierno propone.

Hay tres vías para avanzar institucionalmente: **En cualquier caso, debiera haber plebiscito final y vinculante.**

DEBATE PARLAMENTARIO	ASAMBLEA CONSTITUYENTE	HÍBRIDO - Es una mezcla de ambos
<ul style="list-style-type: none"> • Se sostiene en la noción de ser el cuerpo legislativo uno de naturaleza representativa del soberano, que es el pueblo. • Deriva su fuerza moral de la representación, potestad constituyente derivada. • Per se no es institucional, toda vez que la Constitución de 1980 no contempla la posibilidad de que el Congreso participe en la tramitación de una Nueva Constitución. Requiere de una norma que valide el procedimiento. • Además, el sistema binominal que hoy eligió a los actuales representantes, afecta la posibilidad de que pueda tramitarse antes de 2017. • Por otra parte, per se tampoco es participativo. Se debe lograr que sea, para lo cual se requiere además de una norma hasta ahora no dictada. 	<ul style="list-style-type: none"> • Se sostiene en la noción de potestad constituyente originaria radicada en el pueblo, como soberano capaz de crear y consensuar un ordenamiento jurídico político. • La Constitución es antecedida por esta fuerza que legitima tanto por la forma de desarrollo del debate, como por el modo definitivo de expresar el respaldo al texto propuesto. • El pueblo dota de fuerza moral a la legalidad. • Per se no es institucional, pero es susceptible de ser institucionalizada a través de una ley y es participativa por definición, a diferencia del Congreso. 	<ul style="list-style-type: none"> • Por ejemplo, una Asamblea Constituyente cuyo texto es ingresado al Congreso. • O un texto del Congreso que es conocido y debatido por una Asamblea Constituyente. • O un texto enviado por la Presidenta, discutido por Asamblea Constituyente y luego ingresado al Congreso en un trámite único.

En estricto rigor, ninguno es mejor que otro y realizar este debate o tomar una posición desde la perspectiva sólo del relato épico podría ser contraproducente. Sin embargo, son varios los estigmas y prejuicios que envuelven el debate, algunos de ellos muy sinceros y otros, son eufemismos que reflejan la poca voluntad de producir cambios en el ordenamiento.

ARGUMENTO	CONTRAARGUMENTO
<p>Criticar la Asamblea Constituyente por ser el camino de países como Venezuela</p>	<p>Este argumento es un prejuicio que opera sobre la base de una campaña de desinformación y denostación derivado de una diferencia con el rumbo político de Venezuela. Redactado en la reducción que hacemos, se percibe lo poco respetuoso y prejuicioso del argumento, al que se recurre con frecuencia en los debates televisivos y radiales. Su falta de peso se expresa en que ninguna publicación seria lo utiliza no obstante lo cual, su reiteración en el tiempo se instala y se convierte en un argumento en contra de la realización de una Asamblea Constituyente menospreciando totalmente el modo en que Venezuela ha fortalecido su sistema democrático y la participación ciudadana,</p>
<p>Quienes creen en la Asamblea Constituyente fuman opio.</p>	<p>Esto no es un prejuicio sino una ironía repugnante y una cortina de humo. Evidentemente quienes se drogan en Chile, y quizás el conjunto de quienes consumen opio, no corresponden al mismo conjunto de quienes están a favor de una Asamblea Constituyente. Esta aseveración quiere expresar que aquellos que abogan por una Asamblea Constituyente alucinan, ven una realidad que no es posible. Detrás de esta afirmación – debido a su tenor agresivo y peyorativo – se esconde una postura de negación de una Nueva Constitución donde los marcos de lo posible están determinados por la actual Constitución, vedando con ello la posibilidad de ejercer la potestad constituyente en cualquiera de sus formas.</p>
<p>La Asamblea Constituyente no es un camino institucional</p>	<p>Este argumento es real. No existe en Chile una Asamblea Constituyente prevista en la norma, no se ha hecho nunca y por ende, los únicos precedentes de ello provienen de países vecinos donde se ha tenido lugar. Pese a lo anterior, el carácter de perpetuación que el constituyente de 1980 buscaba (binominal, quórum alto, senadores vitalicios, rol del Consejo de Seguridad Nacional, etc.), refleja su rechazo a una Nueva Constitución negando con por tanto, la posibilidad. Sin embargo tal pretensión de subsistencia de su propia seguridad jurídica no puede limitar o frenar el bien jurídico superior, que es la voluntad del pueblo. En consecuencia, la falta de institucionalización para la generación de una Nueva Constitución, afecta tanto a la Asamblea Constituyente como al Congreso u otro mecanismo que los mezcle.</p>

<p>Quienes hoy quieren una Asamblea Constituyente gobernaron con la Constitución de 1980 durante 20 años</p>	<p>Esta crítica apunta a un cuestionamiento moral y al doble discurso. Uno de los grandes problemas de la política de los consensos fue precisamente que aceptó el tutelaje pinochetista sobre la sociedad. En efecto, la base del consenso era la mantención del camino institucional impuesto por la Constitución de 1980. Ese diseño fundó las bases del desarrollo de la transición a la democracia y con ella, una lógica en el ejercicio del poder. La pregunta, entonces es ¿por qué ahora quieren cambiar la Constitución?</p> <p>La verdad pareciera, sin embargo, demostrar que quienes promueven una Asamblea Constituyente son cada vez más personas y son cada vez menos las personas que no quieren cambiar de Constitución. Así, quienes gobernaron con ella durante 20 años se han convencido que la política de los consensos ha terminado y ha comenzado realmente un nuevo ciclo en la política chilena.</p>
--	---

En síntesis, la primera distinción necesaria hoy, antes de debatir sobre Asamblea Constituyente o no, es tomar posición en relación a la necesidad de una Nueva Constitución. Generar una mayoría nacional activa y clara a favor de ella como una necesidad que busca plasmar una visión consensuada en torno al futuro del país y al mismo tiempo como una reparación del trauma que como sociedad aún vivimos a consecuencia del golpe militar es primordial.

Las posibilidades, oportunidades y desafíos para Chile

Ahora bien, ¿Qué consideraciones deben hacerse para escoger el modo de crear una nueva Constitución en el caso chileno?

De partida y como premisa inicial, todo proyecto de Nueva Constitución debe ser plebiscitado. En el desarrollo de este plebiscito deben existir plenas garantías de información así como reconocimiento de los distintos actores políticos y sociales, lo que implica reconocer la diversidad existente en el país.

En segundo lugar, la soberanía debe estar radicada en el pueblo. Este paso es imprescindible para efectos de otorgar solvencia conceptual a todo el proceso constituyente y los desafíos que supone hacia el futuro.

Por último, es necesario que exista una norma, idealmente de rango legal y no constitucional, que determine el modo de abordar el procedimiento de nueva Constitución. Esta norma además, no debiera ser rígida desde el punto de vista de su contenido conceptual, posibilitando la inclusión de varios mecanismos que puedan funcionar en paralelo o de forma exclusiva. Esto porque la voluntad del pueblo puede expresarse de forma originaria o derivada o, como hemos señalado, de forma derivada y originaria a la vez. Por lo demás, en nuestro criterio, la relación entre la parte dogmática del texto y la parte orgánica debiera ser en la perspectiva de crear un documento flexible, prolijo y no de gran detalle. Si esta sugerencia se concretara, probablemente la normativa que crea una nueva Constitución se usaría sólo una vez, salvo que por desgracia, la potestad constituyente fuera usurpada nuevamente de forma ilegal e inmoral. Sin embargo, si no fuera así, esta norma podría ser empleada y/o modificada conforme a las circunstancias históricas prevaleciendo siempre el criterio de mayorías absolutas para dar lugar a estas modificaciones.

Esta norma legal debiera contemplar, entonces, las reglas generales y criterios de aplicación de los siguientes mecanismos constituyentes:

1) De Asamblea Constituyente

Reconocer que **el pueblo de Chile es el depositario del poder constituyente** originario. En ejercicio de dicho poder, tiene el derecho principal de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de redactar una nueva Constitución.

La convocatoria a Asamblea Constituyente se realizaría mediante la elección de delegados constituyentes.

La elección de delegados constituyentes debe ser por región o distritos para ampliar la capacidad representativa de la Asamblea Constituyente. Estos delegados deben ser electos por listas y sistema de asignación D´Hondt. La cantidad y distribución puede ser variada, pero el rango debiera ser entre 11 y 20 como refleja la siguiente tabla.

Para la elección de delegados, cada votante tendrá derecho a elegir a un representante y deben escoger candidatos presentados en listas. Dichas listas son presentadas por los partidos políticos y organizaciones sociales, por partidos con independientes o entre ellos,

o por independientes que deben presentar un número de avales diferenciándose conforme van en lista o de manera totalmente individual.

Para velar por la diversidad adecuada, cada lista debe estar integrada del siguiente modo:

- a) Debe existir paridad absoluta de género.
- b) Debe representar comunas distintas.
- c) Debe presentar candidatos de todas las edades desde los 18 años.
- d) Pueden presentarse en las listas candidatos de pueblos indígenas.

En relación a éstos últimos, los pueblos indígenas deberán ser representados por el Consejo de los Pueblos, que definirá a sus representantes. Lo mismo podría suceder en el caso de los chilenos que viven en el exterior. Esto implica, eventualmente, modificar el número de delegados o su distribución y/o el número de delegados miembros de cada Comisión Temática.

Luego de esta elección, se convocará a un Cabildo Regional o Asamblea Ciudadana Regional por cada región. En ella, participan todas las organizaciones que puedan y quieran conforme a un Protocolo de Participación. Obligatoriamente asisten los delegados electos debiendo existir un mecanismo de sustitución y reemplazo.

Los debates, que se extienden por varios días o sesiones, tendrán como resultado final un informe a la Asamblea Constituyente que sintetiza su propuesta y que es estructurado sobre la siguiente **pauta de temas**:

Nº	MATERIA
1	Soberanía
2	Democracia
3	Derechos individuales
4	Derechos colectivos
5	Pueblos indígenas

6	Congreso y formación de ley
7	Fuerzas Armadas
8	Autonomías constitucionales (o no)
9	Estado y economía
10	Seguridad pública y Fuerzas de Orden
11	Poder Judicial y Tribunal Constitucional
12	Reforma a la Constitución
13	Descentralización
14	Relaciones Internacionales

Los documentos serán presentados en la Primera Reunión de Asamblea Constituyente que reunirá a todos los delegados asistentes, la cual sesionará las horas necesarias para escuchar cada uno de los informes regionales. Adicionalmente, se escucharán los saludos y opiniones de las autoridades representantes de los poderes del Estado. Se elegirán los integrantes de la Comisión Redactora (entre 20 y 40 miembros) cuya responsabilidad consistirá en elaborar un primer texto que comprenderá los elementos provenientes de los debates realizados en cada región. El resto de los delegados se distribuirán en 20 Comisiones Temáticas de forma equitativa e impar. Éstas serán:

Estas comisiones temáticas serán las encargadas de intercambiar con expertos y organizaciones, reuniéndose con una periodicidad a determinar que les permita concluir su trabajo en un plazo de alrededor de 4 meses. Evacuarán sus informes y los entregarán a la Comisión Redactora.

Terminado el trabajo de la Comisión Redactora, se reunirá por segunda vez la Asamblea Constituyente. En esta ocasión, el objetivo consistirá en votar artículo por artículo lo redactado por la Comisión Redactora, que por cierto deberá dar razón de sus textos.

El resultado final será sometido a referéndum.

Desde luego, los aspectos sometidos a consideración optativa del referéndum, luego serán redactados de forma coherente por el Congreso electo en el año 2017. Este Congreso además, deberá adecuar, modificar, ajustar las leyes orgánicas cuya inconstitucionalidad sobreviniente se haya producido.

2) Congreso

Igualmente **debiera reconocer que el pueblo de Chile es el depositario del poder constituyente originario y que el Congreso deriva su potestad constituyente de la naturaleza de representación de su cargo parlamentario.** Reiteramos que esto no sucede en la actualidad.

La hipótesis sería que tanto el Presidente como los parlamentarios podrían tener la iniciativa pudiendo establecer requisitos adicionales en cuanto al número de congresales que debieran firmar la presentación.

En caso de presentarse una iniciativa de Nueva Constitución, no podría declararse inadmisibles en virtud del mismo principio que sustenta la presentación de proyectos de reforma constitucional. Pese a ello, debiera en este texto legal, fijarse ciertos requisitos formales de presentación como por ejemplo, la inclusión de los derechos y las garantías; un capítulo referente a las bases de la institucionalidad; la regulación del procedimiento de formación de ley y las normas que rigen la institucionalidad que crea, cualquier que ella sea.

Igualmente debiera establecerse un procedimiento especial que por ejemplo, reúna en una sola Cámara la discusión y debate y que establezca la constitución de comisiones especiales y rondas de debate e inclusión de la ciudadanía para garantizar un debate democrático y participativo.

También debiera preverse que el debate puede no ser cerrado dando la posibilidad que ciertos temas que no logran el respaldo suficiente, sean consultados al pueblo junto con el plebiscito que deberá aprobar o rechazar la propuesta de Constitución.

Por último, esta norma legal podría establecer el modo de combinar ambos mecanismos y así ofrecer más alternativas. A este efecto es importante consignar que la eficacia en la aplicación de la norma es vital para asegurar la viabilidad de dar un inicio y un final a todo el proceso constituyente dado que el estado permanente de asamblea probablemente conduzca al hundimiento de la institucionalidad.

¿Por qué somos partidarios de una Asamblea Constituyente?

Este planteamiento se sostiene por una parte, en la ilegitimidad de origen de la Constitución de 1980, dado que ésta fue aprobada en plena dictadura militar, sin garantías ni debate, como un traje a la medida. Por otra parte, se sustenta en la condición de generadora de tensiones por su contenido de fondo y que por tanto, es un factor de división. En tercer lugar, porque la Asamblea Constituyente no ha ocurrido nunca y más que un problema, representa una oportunidad para hacer algo mejor y diferente y sobre todo, mostrar que el pueblo puede gobernarse.

La Asamblea Constituyente permitiría resolver temas de fondo. La desconfianza de algunos que el pueblo opine, no tiene fundamento ni precedente histórico alguno que lo respalde. El pueblo jamás ha sido consultado ni ha hecho debate constitucional alguno en la historia nacional. Quienes han provocado el caos y la ilegalidad son las castas gobernantes y dominantes. El fracaso de la Constitución de 1833 tiene sus raíces en las disputas de poder de los sectores dominantes. Recordemos que las mujeres ni siquiera votaban. Recordemos también, que en 1907, en la matanza de la Escuela de Santa María de Iquique, fue el Ejército el que disparó contra trabajadores sin armas que demandaban lo mínimo. Allí fueron las autoridades del gobierno y del Estado las que dejaron de aplicar la ley para atropellar a los trabajadores. Recordemos también como Gabriel González Videla ilegalizó al Partido Comunista de Chile sin que dicho partido hubiera infringido la ley en ningún momento, inaugurando con ello, en Chile, la prisión política. Es hora que los historiadores contribuyan a explicar que la inestabilidad política en Chile, nunca se ha originado en la organización de la voluntad popular. Presagiar el caos popular no es más que anticipar su propia oposición violenta a los cambios.

En este sentido, el recelo de algunos por el caos que provocaría una Asamblea Constituyente, no es más que el miedo a perder las prebendas y la hegemonía que sobre el destino del país. Es el temor, de tinte aristócrata, a las decisiones del pueblo. Es un temor fundado en la pérdida de privilegios y no en los contenidos de la decisión popular. Es decir, quienes defienden estas posiciones contrarias a la Asamblea Constituyente no hablan necesariamente desde el temor a la Nueva

Constitución sino al significado político, histórico y social de que sean los pobres, los trabajadores y la mayoría nacional la que decida.

En realidad, es mucho más probable hoy día que sea la continuidad de la actual Constitución y la negación de la Asamblea Constituyente los detonantes de movilización social y desorden que la decisión de avanzar resueltamente hacia una Nueva Constitución. Es, además, mucho más probable porque la historia demuestra que quienes se oponen a los cambios sean los que recurren a la ingobernabilidad como objetivo de sus acciones políticas.

El pueblo de Chile, término que continuamos usando como categoría jurídica, está maduro para este debate y esta responsabilidad y creemos que eso significa desarrollar por primera vez una Asamblea Constituyente. Es la única forma segura de consensuar una Carta Fundamental, aun cuando intervenga adicionalmente el Congreso.

La reforma constitucional del gobierno de Ricardo Lagos fue relevante en tanto logró poner fin a varios -no todos- los enclaves del tutelaje militar de la Constitución dictatorial. Sin embargo, no ha pasado ni una década y el mismo ex Presidente ha señalado que debemos contar con una nueva Carta Fundamental porque los cambios no serán suficientes por su falta de representatividad para interpretar el sentir nacional y las aspiraciones generales de la sociedad. Cada vez más personas se convencen de ello.

La Asamblea Constituyente es posible y es un mecanismo tan válido como cualquier otro y, por primera vez, tenemos la oportunidad de impulsarla. Su realización permitiría zanjar de forma mucho más clara y a largo plazo, los temas de fondo de nuestro ordenamiento y sus contenidos. Este nuevo consenso y el pacto de convivencia que surja de ella será sin dudas con la oposición de aquellos sectores minoritarios que han profitado y usufructuado del ordenamiento constitucional dictatorial, pero esa minoría no puede seguir dictaminando, como lo ha hecho por siglos, la manera en que pensamos y la forma en que actuamos.

Al terminar estas líneas, escucho una canción conocida en la radio que dice:

*“Dirán que soy un soñador, pero no soy el único
Espero que algún día, te sumes
Y el mundo será uno solo”*

SEGUNDA PARTE

CONTENIDOS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

ACERCA DEL ESTADO SOCIAL Y LOS NUEVOS DERECHOS EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN*

*Francisco ZÚÑIGA URBINA***

RESUMEN

La actual Presidenta Bachelet durante su campaña electoral manifestó la voluntad política de abrir un proceso constituyente que lleva a Chile a tener una Constitución originada en democracia. Al respecto el debate se ha centrado en el procedimiento que se seguirá para ello, en desmedro de la discusión sobre el contenido de la Carta. A continuación, se revisarán las ideas planteadas por el Programa de Gobierno, en concreto aquellas relacionadas con la construcción de la institucionalidad que permita que Chile cumpla con los objetivos hechos propios por el Pueblo mediante su adhesión en la elección presidencial y parlamentaria.

* Este trabajo está basado en la versión escrita de la presentación realizada en el almuerzo temático sobre Institucionalidad, realizado en el marco de ENADE 2014, organizado el día jueves 27 de noviembre de 2014 por ICARE.

** Profesor titular de Derecho Constitucional, Departamento de Derecho Público, Universidad de Chile. fzuniga@zdcabogados.cl

1. Introducción

Sabido es que el Programa de Gobierno de la plataforma Nueva Mayoría que encabeza la Presidenta Bachelet manifiesta la voluntad política de abrir o promover un proceso constituyente que otorgue a Chile de una nueva Carta Fundamental, originada, discutida y promulgada en democracia. Esta voluntad se basa en la idea de que la actual Constitución, incluso con las múltiples modificaciones que ha sufrido, *“está sustentada en una desconfianza a la soberanía popular; de allí las diversas limitaciones a la voluntad popular mediante los mecanismos institucionales de contrapesos fuertes a dicha voluntad, siendo el ejemplo más evidente el mecanismo de los quórum contra mayoritarios para la aprobación y modificación de leyes importantes”*. Por ello, se continúa más adelante, *“Chile debe reencontrarse con sus tradiciones republicanas y dar origen a la Nueva Constitución, en la que confluyan las tradiciones liberal, democrática y social y que sea fruto de un auténtico consenso constitucional”* (“Chile de Todos”, 2013, p. 30).

Si bien es cierto que se ha discutido mucho en el debate público sobre el procedimiento que seguirá el Poder Ejecutivo y la coalición o plataforma gobernante para cumplir tal objetivo, lo cierto es que también resulta relevante revisar y discutir el contenido que el Programa prevé para la nueva Constitución.

Sobre lo primero, el procedimiento, si bien el Gobierno aún no lo ha determinado, sí contamos con las definiciones elementales sobre éste en el Programa, el que señala que aquél debe ser institucional, democrático y participativo.

Sobre lo segundo, el contenido, el Programa hace énfasis en un nuevo y más denso catálogo de derechos fundamentales y la instauración de remedios eficaces para el caso de su vulneración y, en cuanto al sistema político –que es lo que aquí nos ocupa– plantea explícitamente la opción de establecer en la nueva Carta a Chile como un Estado Social y Democrático de Derecho, siendo su forma política una República Democrática y en que la soberanía, residente en el pueblo, se ejerza mediante un sistema democrático. En el Programa se define al Estado Social y Democrático de Derecho en los siguientes términos:

“En la Constitución Política se deberá reconocer bajo esta cláusula que el Estado no sólo es un sistema de potestades, sino un conjunto de de-

beres de 'buen Gobierno' y de satisfacción de necesidades públicas que son consustanciales a la legitimidad misma del Estado y del Poder. Se funda en la dignidad, libertad e igualdad de las personas, así como los principios participativo, pluralista y de solidaridad.

Se trata, ante todo, el Estado social de un Estado de Derecho, fundado en el principio de legalidad y en el respeto de derechos fundamentales, de suerte que la fuente y medida de toda autoridad sea el Derecho mismo. El Estado Social es un Estado democrático, en que el poder electoral reside en el pueblo y su ejercicio se verifica en el poder a través de instituciones, procedimientos y técnicas representativas y participativas.

Finalmente, el Estado social es un Estado de garantías, que protege el goce efectivo de derechos económicos, sociales y culturales” (“Chile de Todos”, 2013, p. 33).

Luego, caracteriza con las siguientes palabras a la República Democrática:

“Las democracias pluralistas combinan elementos de representación y participación en su versión contemporánea. Sus principios básicos son la representación política y la participación, en una ecuación de equilibrio. Esta definición republicana es una opción histórica por la electividad de los cargos públicos, la alternancia en el poder y la responsabilidad en el ejercicio del poder.

La República Democrática exige un sistema de rendición de cuentas y, por tanto, de controles y responsabilidades sociales, políticas y jurídicas en el ejercicio del poder” (“Chile de Todos”, 2013, p. 33).

A continuación, se revisará –con abierta adhesión a estas ideas- qué es lo que plantea el Programa de Gobierno para el cuatrienio de la Presidenta Bachelet en concreto como medios para construir la institucionalidad que permita que Chile cumpla con los objetivos definidos por la coalición gobernante, ofrecidos al Pueblo y hechos propios por éste mediante su adhesión en la elección presidencial y parlamentaria.

2. El sistema político: una República Democrática que sea un Estado Social y Democrático de Derecho

La idea base del Programa es que Chile merece que el texto constitucional reconozca y se base en un sistema plenamente democrático y

que recoja en toda su extensión los derechos humanos reconocidos en Chile y en el ámbito internacional. Ello implica erradicar la desconfianza que la actual Carta tiene en la soberanía popular, manifestada en los fuertes mecanismos contramayoritarios vigentes. Tal desconfianza, de perpetuarse, sólo puede llevarnos a una crisis de legitimidad del sistema político y, luego, de gobernabilidad del país. Para cumplir este objetivo, se tiene que echar mano a las mejores tradiciones democráticas chilenas, a nuestra experiencia y a nuestro propio desarrollo doctrinario y científico; pero también a los desarrollos intelectuales y a la experiencia de las democracias modernas de Occidente.

Así, la intención del Gobierno es que la Nueva Constitución Política establezca que Chile es un *Estado social y democrático de Derecho*, siendo su forma política una *República Democrática*, en que la soberanía nacional resida en el pueblo de Chile, de cuyo ejercicio emanen los poderes del Estado. Además, como concreción de ello, el Estado chileno sería esencialmente laico, reafirmandose su separación con las Iglesias y, por tanto, suprimiéndose las múltiples referencias a juramentos, libros o símbolos de índole religiosa en el ordenamiento vigente.

Sistema electoral

En cuanto la base del funcionamiento de un sistema democrático representativo es el ejercicio del sufragio por los ciudadanos y su real representación en los órganos delegatarios de la soberanía nacional, la reciente reforma del sistema electoral parlamentario resulta esencial para el nuevo ordenamiento constitucional. Esta reforma fue planteada desde un principio por el Gobierno como uno de sus primeros pasos, previo al inicio del proceso constituyente propiamente tal.

A la fecha el proyecto se encuentra aprobado por ambas cámaras del Congreso Nacional con los correspondientes quórum, faltando sólo la promulgación por parte de la Presidenta de la República de su texto, el que ya es ampliamente conocido. Baste decir al respecto que, como fue anunciado en su oportunidad, el Gobierno ha impulsado la sustitución del actual sistema electoral binominal por uno de representación proporcional.

Además, para avanzar en la plena igualdad política, civil, familiar, cultural y económica de mujeres y hombres, el texto impulsado por el Gobierno contiene, recogiendo con ello la experiencia foránea, un mecanismo para acelerar la integración de la mujer en la vida política del país, en este caso, a través de su ingreso al Parlamento.

Aparte lo anterior, que ya se encuentra en marcha, y en consciencia del rol necesario que juegan los partidos políticos en un sistema democrático, el Programa manifiesta la intención de que la Nueva Constitución les garantice los recursos indispensables para el cumplimiento de su rol, a la vez que defina mecanismos eficaces para velar por su transparencia y democracia interna.

Por lo demás, la Nueva Constitución deberá incorporar nuevos mecanismos de democracia directa o semidirecta en distintos niveles de decisión pública.

Quórum para aprobar leyes

Ahora bien, la profunda desconfianza que el constituyente autoritario de 1980 tuvo en la manifestación democrática de la voluntad popular no sólo se expresó mediante la instauración del sistema electoral binominal *-sui generis* y sólo vigente en nuestro país- sino también en la exigencia de elevados quórums para aprobar la creación o modificación de las leyes de mayor relevancia dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Pues bien, de acuerdo a la esencia del sistema democrático, en la Nueva Constitución se deberá consagrar el principio de mayoría, siendo la mayoría absoluta el máximo quórum de aprobación y modificación de las leyes. De esa forma se recogerá nuestra propia historia constitucional democrática, así como el derecho comparado y el desarrollo de las doctrinas democráticas.

Pueblos indígenas

El Programa considera que Chile debe saldar la deuda histórica que tiene con sus pueblos indígenas, reconociendo la identidad mestiza y raíces indígenas de la Nación chilena. Ello se verifica en el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, sus tradiciones,

lenguas, costumbres, aporte a la cultura y derechos colectivos. Esto exige reconocer que Chile es una Nación indivisible, plural y pluricultural, obligándose el Estado a proteger, promover y asegurar los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas y a desarrollar políticas inter-culturales, participativas, inclusivas y de bienestar.

Hacia una efectiva descentralización y poder de las Regiones

La Nueva Constitución tendrá que romper con el centralismo del Estado chileno. Deberán establecerse gobiernos regionales que, liderados por jefes ejecutivos elegidos por votación directa, dispongan de autonomía, facultades y recursos suficientes para constituirse en verdaderos ejes del desarrollo territorial.

Poder Judicial

El Poder Judicial es clave, no sólo en la tutela judicial del derecho y la seguridad jurídica, sino en el Estado de Derecho mismo. Por lo anterior, junto con asegurar su independencia y autonomía, se hace necesario fortalecer al Poder Judicial en sus funciones jurisdiccionales asegurando la plenitud y unidad de la jurisdicción. El actual gobierno está abierto a debatir sobre el mejor gobierno y administración del Poder Judicial, apertura también manifestada por la Corte Suprema en recientes jornadas de trabajo.

La Constitución asegurará la unidad de la jurisdicción, sometiendo a la justicia militar y al Ministerio Público Militar a un régimen compatible con la administración de justicia de un Estado de Derecho. En este mismo sentido la justicia militar conforme su propia naturaleza y origen histórico sólo será aplicable a los militares y bajo ningún pretexto a los civiles en tiempos de paz, velándose por el respeto de la garantía constitucional al debido proceso.

Tribunal Constitucional

La nueva Constitución debe hacerse cargo de que el Tribunal Constitucional es una institución contra mayoritaria, pues tiene el poder de contrarrestar decisiones democráticas. Para ello, el Programa propone una nueva generación del Tribunal Constitucional desde los poderes públicos democráticos, sin injerencia de la Corte Suprema, en número impar, eliminando el voto dirimente de su Presidente.

Con la finalidad de racionalizar su rol contra mayoritario, se requiere reordenar sus competencias, fortaleciendo su comprensión como tribunal, es decir, como órgano que resuelve conflictos, por lo que se hace imperioso suprimir las competencias de control preventivo de constitucionalidad de normas, tanto del control preventivo obligatorio como facultativo; que deforman su rol convirtiendo al Tribunal en “tercera cámara política”. Asimismo, el Tribunal Constitucional tendrá una nueva competencia consultiva para que, a petición de cualquiera de las cámaras, examine la necesidad de adecuación del derecho interno con motivo de la aprobación parlamentaria de tratados internacionales de derechos humanos.

Finalmente, la Constitución debe establecer mecanismos de coordinación sistemática del Tribunal Constitucional con los tribunales que integran el Poder Judicial y la Justicia Electoral, para asegurar el debido cumplimiento de sus decisiones cuando corresponda.

Fuerzas Armadas

Para la nueva Constitución las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública serán instituciones esencialmente obedientes al poder constitucional, no deliberantes, disciplinadas y partícipes del desarrollo del país a nivel nacional y regional. Las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública tendrán el monopolio instrumental de la fuerza coactiva. Tendrán como fines la defensa nacional, la seguridad y el orden público, según sea el caso, con pleno respeto de los derechos humanos, del medio ambiente y los recursos nacionales estratégicos de la nación.

Defensoría del Ciudadano

Las quejas de los administrados en relación a la mala administración o deficiente funcionamiento de los servicios públicos de la Administración del Estado o gestionados por empresas privadas, y que importen la lesión de derechos fundamentales y de derechos humanos, pasarían a ser campo de las tareas de una Defensoría del Ciudadano. Como se sabe, esta Defensoría del Ciudadano es una magistratura moral, revestida de *auctoritas*, pero no de *imperio*, que formula exhortaciones a la autoridad, recomendaciones e informes, contribuyendo a activar el control político y el control social de los gobernantes.

Banco Central, Consejo para la Transparencia e instituciones fiscalizadoras

Banco Central, Consejo para la Transparencia y las instituciones fiscalizadoras son situadas por el Programa en la Administración institucional, reconociéndoseles su autonomía, cuya medida y la configuración de sus competencias son materia de ley. Se observa necesario un tratamiento coherente o sistémico de autonomías, controles y responsabilidades para las instituciones reseñadas, de suerte que operen como agencias independientes, en especial en el campo de la Administración Económica del país.

3. Descentralización

Una de las mayores desigualdades que enfrentamos en el país es de carácter territorial. Son demasiadas las decisiones sobre aspectos importantes para el desarrollo de las regiones que se toman en Santiago. También son demasiado distintas las oportunidades que enfrentan las personas dependiendo del lugar donde nacen y residen. Debemos incorporar a todos los ciudadanos y ciudadanas por igual, tanto a la construcción como a los beneficios del desarrollo, independientemente del lugar donde vivan. Esto exige una efectiva descentralización.

En la década pasada Chile desarrolló una política de fomento de cadenas productivas o *clusters* sobre la base de cinco sectores (acuícola,

minería, sector alimentario, servicios globales y turismo de intereses nacionales). Necesitamos retomar este camino, fomentar más competitividad y diversidad productiva, por lo que se propone restablecer y potenciar la política de *clusters*, basada en una fuerte cooperación y diálogo entre el ámbito público y el privado.

Se impulsará una Agenda de Descentralización con un cronograma de iniciativas que, sin alterar la organización político-administrativa del país, transfiera a las regiones mayores grados de poder. Se trata de avanzar en una descentralización efectiva que incluya la representación política, planes de desarrollo e inversiones, fortalecimiento del capital humano y mayor respaldo a las zonas extremas y los territorios con estatutos especiales. Así, se trata de potenciar las oportunidades económicas de las regiones con más descentralización, mayores competencias regionales para la gestión financiera, más recursos de inversión, y con un fuerte acento en los recursos humanos y el aliento a los talentos en las regiones.

Institucionalidad: Representación y gestión de los gobiernos regionales

En el plano político, si hoy se eligen alcaldes, parlamentarios y consejeros regionales, ese mecanismo debe extenderse a la máxima autoridad regional. Además, es necesario dotar al gobierno regional de autonomía administrativa especialmente en las materias relacionadas con el desarrollo y competitividad del territorio.

Ya se creó la Comisión Asesora Presidencial para el Desarrollo Regional, la cual entregó a la Presidenta de la República su informe, el que contiene un cronograma de traspaso de atribuciones y competencias y los contenidos específicos de las actividades a ser traspasadas, las materias de financiamiento, la gradualidad de la implementación y la identificación precisa de los cambios normativos que se requerirán a partir de las medidas descritas. Recientemente, además, se presentó al Congreso Nacional el mensaje por el que se modifica la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, fortaleciendo los consejos regionales (la llamada “agenda corta” sobre la materia).

La propuesta del Programa, que como se ve ya ha sido puesta en marcha, pretende que al final del presente cuatrienio el desarrollo económico regional cuente con los mecanismos, atribuciones y recursos paradesplegarse, buscando una eficaz cooperación público privada para fortalecer la competitividad del territorio y la inclusión social y económica de sus habitantes. En ejecución de esa cooperación, a nivel regional debiesen crearse Programas Tecnológicos de Inversión. La institucionalidad regional en esta materia será un reflejo de la nacional, para lo cual se crearán los *Consejos Regionales de Innovación y Competitividad*. De manera conjunta, se fortalecerán los Comités de Innovación de las regiones. Adicionalmente, para las regiones será relevante la existencia de los Centros de Desarrollo Empresarial que ofrecerán acciones de formación y fortalecimiento en materia de gestión a las empresas de menor tamaño.

Se establecerá en la SUBDERE una unidad especializada de descentralización, la que impulsará, coordinará y evaluará el proceso de descentralización y transferencia de facultades y competencias a regiones, así como el traspaso de Servicios Públicos, proceso que será paulatino y por grupos de regiones. Al mismo tiempo, se establecerá un organismo destinado a coordinar y apoyar la planificación y decisiones de los gobiernos regionales, que incluya el monitoreo de planes regionales plurianuales de desarrollo económico, social y productivo generados en acuerdo con los ministerios sectoriales involucrados. Los planes regionales tendrán un carácter obligatorio y constituirán el marco bajo el cual los recursos públicos apoyarán, a través de inversiones y gasto corriente, la materialización de una visión de desarrollo territorial integrada y de largo plazo.

Para dar curso al fortalecimiento de la descentralización y el desarrollo de las regiones se incrementará el gasto público regional y se generará información presupuestaria regional que incluya una desagregación regional de los presupuestos ministeriales. De esta forma, las regiones y el país sabrán exactamente los recursos con que van a contar, y ciudadanos y ciudadanas podrán exigir a sus gobiernos regionales si estos fondos no son utilizados en forma eficiente. Adicionalmente, es necesario traspasar al Gobierno Regional aquellos bienes necesarios para su funcionamiento.

En el plano de la inversión, en todas las regiones del país se crearán mecanismos de incentivos destinados a estimular la concreción de inver-

siones relacionadas con el asociativismo regional o comunal, de manera de incentivar esta práctica en materias de interés común. Además, se creará un Fondo de Convergencia Regional para disminuir brechas y apoyar el desarrollo de los territorios más rezagados en materia de desarrollo socioeconómico. Al mismo tiempo, se mejorarán los criterios de composición y asignación del Fondo Nacional de Desarrollo Regional (FNDR) y se disminuirán las provisiones para traspasar estos recursos al presupuesto de inversiones. El FNDR se enmarcará en la estrategia de desarrollo regional con un sentido estratégico y de futuro.

Se deberán realizar los cambios normativos necesarios para establecer las condiciones que permitan que los Gobiernos Regionales tengan relaciones más estrechas de cooperación con las Municipalidades de la Región para el cumplimiento de objetivos comunes o complementarios, incluyendo presupuestos de inversión. La participación de las Municipalidades en la elaboración de las Estrategias de Desarrollo Regional (EDR) y en el Plan Regional de Ordenamiento Territorial (PROT) debe ser obligatorio, e igualmente la asesoría del GORE en la Elaboración de los Planes de Desarrollo Comunal (PLADECOs) para asegurar la coherencia de las inversiones locales y regionales.

Adicionalmente, se realizarán las modificaciones tendientes a mejorar los mecanismos de participación, transparencia y control ciudadano regional. Al mismo tiempo, contaremos con un sistema adecuado de incentivos, transparencia y rendición de cuentas que brinde seguridad jurídica a los agentes públicos en las regiones y al nivel central del Estado responsable de la disciplina fiscal. Por otra parte, resulta fundamental que cada región cuente con un sistema de estadísticas que permita registrar el comportamiento en todos los ámbitos de intervención de los gobiernos regionales y posibilite el establecimiento de líneas base, información para el diseño, seguimiento y evaluación de políticas y programas, y para establecer los indicadores que permitan objetividad en las rendiciones de cuentas.

Recursos Humanos

Conforme al Programa, se crearán estímulos para atraer y retener personas calificadas, como también paraincentivar la migración a regio-

nes desde Santiago e incluso desde el extranjero, tanto en el ámbito laboral como académico. En la misma línea, extenderemos el Sistema de Alta Dirección Pública a cargos regionales, con el consecuente atractivo de remuneraciones.

Las universidades regionales deben ser las mejores socias del Gobierno Regional para impulsar el desarrollo del territorio. La Reforma Educacional, en lo referido a la educación superior, promoverá que en cada región exista una oferta de educación superior y técnico profesional de calidad. Se generarán incentivos y oportunidades para que los jóvenes de esas regiones que salen a estudiar afuera, regresen a trabajar a sus lugares de origen.

Se crearán dos nuevas universidades Públicas Estatales Regionales, en las regiones de O'Higgins y Aysén y se crearán Centros de Formación Técnica públicos en cada región ligados a una Universidad Pública.

Zonas extremas y territorios con estatutos especiales

Las chilenas y chilenos que viven en territorios apartados tienen derecho a contar con estándares de vida similares al resto de la población, para lo cual es necesario enfrentar las diferencias en el costo de vida, las dificultades en conectividad, el acceso a los servicios de educación y salud, entre otros factores.

Por ello, se pondrá en marcha un Plan Especial de Desarrollo de Zonas Extremas para las regiones de Magallanes, Aysén y Arica y Parinacota, que les dará un impulso potente de crecimiento y desarrollo. Además, hay zonas del país que se encuentran rezagadas respecto del desarrollo del resto, como la zona de Arauco. Para ellas se implementará un Plan de Desarrollo para Territorios Rezagados.

4. Municipios

En directa relación con la descentralización del país está la preocupación por el desarrollo de la administración comunal. Los desafíos que enfrentamos en la actualidad a nivel local nos exigen interpretar adecuadamente el momento político y los cambios que la sociedad ha

experimentado, más aun cuando son los municipios, en cuanto instituciones con mayor cercanía a los ciudadanos, los que están llamados a ser el primer enlace en este esfuerzo.

Institucionalidad local

En materia institucional, el objetivo estratégico es que los municipios pasen de cumplir una función exclusivamente de administración, a la constitución de verdaderos Gobiernos Locales, ampliando las actuales funciones que desarrollan y entregándoles un mayor grado de autonomía en la gestión. Esto será posible mediante el traspaso de competencias, recursos propios, autonomía administrativa y facultades.

Así, se estudiará la constitución de un conjunto básico de servicios municipales garantizados con un determinado nivel de calidad, sujeto a indicadores objetivos auditables, que permitan romper las inequidades territoriales y sociales que afectan a los habitantes de las distintas comunas. Para hacer esto posible se requerirá una progresiva transferencia de competencias y recursos desde programas y servicios nacionales al nivel local.

Adicionalmente, se deben perfeccionar y ampliar los mecanismos de participación comunal, mejorando la legislación que establece los Consejos Comunales de Organizaciones de la Sociedad Civil, estableciendo como política pública los Fondos Concursables y presupuestos participativos, ampliando el ámbito de acción de las Oficinas de Información y Reclamos, mejorando la regulación sobre consultas ciudadanas y plebiscitos.

Se debe fortalecer el Concejo Municipal, entregándole mayores facultades, atribuciones y también responsabilidades y otorgarles a los concejales la responsabilidad de acompañar y monitorear una o más áreas del quehacer municipal con la obligación de rendir cuentas.

Sobre la dotación y el estatuto jurídico de los funcionarios municipales se propone retomar el debate sobre el Art. 121 de la constitución que permite a los alcaldes descentralizar la gestión de personal de acuerdo a las particularidades de cada municipio, impulsando la norma legal que otorgue la facultad de revisar la estructura de plantas. La discusión

sobre el Art. 121, debe incorporar la revisión de las normas laborales de los funcionarios municipales, con el debido resguardo de la carrera funcionaria y participación de todos los estamentos, permitiendo que éstos trabajen en condiciones de dignidad y de resguardo de sus derechos como trabajadores.

Por último, se debe implementar una nueva estrategia con los municipios rurales que permita desarrollar los instrumentos necesarios para superar las dificultades y necesidades especiales que presentan los ciudadanos del mundo rural.

Financiamiento de los municipios

Sin duda, los municipios requieren de más recursos. Para ello se impulsará un conjunto de medidas entre las que destacan aumentar los recursos del Fondo Común Municipal (FCM), estudiando el fortalecimiento del aporte público y avanzando sustantivamente en la descentralización de decisiones de inversión; estudiar compensaciones, con cargo al presupuesto nacional, por las exenciones de diversos tributos de beneficio municipal, por ejemplo, por exención del pago de los derechos de aseo, del pago de contribuciones, o por la construcción de viviendas sociales, materias que gravan en mayor medida a los municipios más pobres del país; corregir, mediante una modificación a la Ley de Rentas Municipales, las discriminaciones e injusticias que existen, en particular para que los grandes contribuyentes financien adecuadamente las prestaciones y servicios que reciben de los municipios, y; asegurar normativamente que cualquier nueva función o tarea que se le asigne a los municipios deberá contemplar el financiamiento respectivo.

5. El Programa sobre la Modernización del Estado

El Programa de Gobierno aspira a un Estado moderno para Chile, que sea capaz de promover el fortalecimiento de la democracia y de facilitar el diálogo y la participación; un Estado que garantice el ejercicio de los derechos políticos, económicos, sociales y culturales de la ciudadanía y que impulse políticas públicas para disminuir las desigualdades,

combatir los abusos y contribuir a una distribución del ingreso más igualitaria.

Ese Estado moderno cumplirá con fuerza su rol de regulador y fiscalizador en la provisión de bienes y servicios, asegurando condiciones de competencia y velando por el acceso, la calidad y la satisfacción de los usuarios, en condiciones laborales dignas, y asegurará, entre otras materias, las condiciones apropiadas para el emprendimiento y la inversión privada, contribuyendo a la apertura de nuevos mercados y al desarrollo de tecnologías innovadoras.

Una nueva institucionalidad responsable de la evaluación de las políticas públicas

El sistema de evaluación de políticas públicas que ha desarrollado nuestro país ha permitido que se disponga de más y mejor información para los procesos de análisis y toma de decisiones, contribuyendo así a la transparencia de la gestión pública. Sin embargo, si queremos evaluar para mejorar, los resultados de las evaluaciones deben estar vinculados al proceso de toma de decisiones de política pública. Para eso se hace necesaria una nueva institucionalidad, que interactúe con los distintos organismos públicos en el ciclo de definición de políticas.

Para ello, le Programa propone la creación de la *Dirección Nacional de Evaluación*, agencia que tendrá la misión de contribuir al mejoramiento continuo de la calidad de las políticas, programas y proyectos públicos, a través de la incorporación de procesos de evaluación que asesoren la toma de decisiones. Así, sus objetivos serían desarrollar evaluaciones de alta calidad técnica que entregue recomendaciones para mejorar la gestión, la eficacia, la eficiencia y la calidad de las políticas y programas públicos; establecer estándares metodológicos para todas las evaluaciones realizadas en el sector público; difundir la información respecto de las evaluaciones realizadas en el sector público, favoreciendo la transparencia; y realizar el seguimiento a la puesta en marcha de las recomendaciones que surjan de las evaluaciones. El director del Servicio sería nombrado por el Sistema de Alta Dirección Pública.

La idea es que la nueva institucionalidad tenga como meta evaluar anualmente el 25% de los programas del presupuesto, de modo que en

una administración cubra el 100% de los programas del presupuesto público.

Un Nuevo Trato para el empleo público

El Programa aspira a un sector público que se identifique con una gestión de calidad, que disponga eficientemente de los recursos que se le asignan y en permanente proceso de innovación, para lo que resulta fundamental que los funcionarios públicos trabajen en condiciones de dignidad. Para ello, se evaluará la institucionalización de la negociación colectiva en el sector público, estudiando mecanismos que se hagan cargo de sus especiales particularidades. En relación al personal a contrata, se estudiarán esquemas que ofrezcan mayor estabilidad a estos trabajadores. También se evaluará la situación de los trabajadores con contratos a honorarios, revisando aquellas situaciones que puedan ser consideradas funciones permanentes.

Un empleo decente debe permitir a los funcionarios de mayor edad, retirarse dignamente de la función pública. Para ello, se impulsarán planes especiales de retiro que faciliten el cumplimiento del objetivo señalado.

En el ámbito de la capacitación, los Planes Anuales de Capacitación serán indispensables para lograr mejores resultados en el desempeño de los funcionarios, cuya pertinencia y vigencia se evaluarán periódicamente por los comités bipartitos de capacitación recibiendo, más recursos cuando sea necesario para su mayor eficacia.

Perfeccionamiento del Sistema de Alta Dirección Pública

A 10 años de su creación, el Sistema de Alta Dirección Pública ha confirmado su relevancia entre las reformas del Estado que se han implementado en nuestro país. Ha sido exitoso al implantar un exigente sistema de selección de altos directivos. Sin embargo, al producirse el cambio de gobierno en 2010 mostró debilidad, convirtiendo la facultad para despedir a los altos directivos en un mecanismo de remoción política. Por lo tanto, es indispensable incorporar mejoras al sistema; hacer del convenio de desempeño del alto directivo un instrumento

que apoye el mejoramiento de la gestión; y avanzar en la ampliación del sistema con carácter mixto, que contemple diferencias de régimen entre el primer y segundo nivel jerárquico, con criterios explícitos de delimitación técnico-política, aumentando la cobertura del sistema.

Agenda Digital

La globalización en el siglo XXI nos obliga a enfrentar institucionalmente el desarrollo digital de nuestro país. Este desafío digital cubre tanto la promoción de la utilización de nuevas tecnologías por parte de la ciudadanía, como el uso de tecnologías de la información para profundizar la transparencia, elevar la eficiencia del Estado y promover una mejor calidad de los servicios al ciudadano. Para lograr estos objetivos es preciso que el Ministerio de Economía asuma en plenitud el rol conductor de la política pública de desarrollo digital de nuestro país, contemplando materias tales como el diseño de políticas del área, la promoción de iniciativas de gobierno electrónico, el desarrollo de la industria de las TIC y la promoción del acceso a las nuevas tecnologías.

Adicionalmente a este esfuerzo, se propone desarrollar el concepto de gobierno digital en línea, que permita un mejor acceso a la información y los servicios, especialmente en los campos de la salud, la educación, la previsión y otros servicios sociales, dando especial preferencia a regiones y municipios.

Probidad y Transparencia

Hoy la ciudadanía tiene una creciente demanda por mayor transparencia en el accionar de las autoridades públicas. Esto tiene que ver con el acceso a la información y la participación en el debate, pero también, con los conflictos de intereses de las propias autoridades. La coalición, al respecto, se comprometió a implementar un sistema de fideicomiso ciego para las nuevas autoridades, sin esperar la aprobación del proyecto de ley que se discute actualmente en el Congreso, sin perjuicio de comprometerse a perfeccionar y acelerar su tramitación.

Además, se profundizará la normativa que regula el conflicto de interés en las funciones posteriores al ejercicio de cargos públicos, así

como las declaraciones de patrimonio e intereses de las autoridades públicas. Adicionalmente, se fortalecerá la función de auditoría interna de gobierno y se impulsarán acciones para contar con un mejor y mayor control ciudadano sobre las actividades de lobby.

Perfeccionamiento de los Gobiernos Corporativos de las Empresas Públicas

El Programa anuncia el perfeccionamiento del marco institucional de las empresas del Estado y de aquellas en que éste tenga participación, fortaleciendo sus gobiernos corporativos, para que estas empresas logren aumentar su transparencia y capacidad estratégica, mejorando la calidad de la gestión y la supervisión de las mismas.

Para ello, se propone la creación del *Consejo Superior de Empresas Públicas* como un servicio público descentralizado, encargado de representar los derechos y deberes del Estado en su rol de propietario, modificando tanto su composición y facultades como las normas referentes a los directores de las empresas públicas, de forma de facilitar la separación de las diversas funciones del Estado.

Institucionalidad de confianza y alto estándar técnico para las estadísticas públicas

Si queremos políticas públicas de país desarrollado, para diseñarlas y evaluarlas necesitamos generar estadísticas con estándares de país desarrollado. Los lamentables episodios de la CASEN 2011 y del Censo 2012 han dejado en evidencia que existe una brecha entre ese anhelo y la capacidad institucional para alcanzarlo. Invertir en cerrar esta brecha es indispensable para lograr las dos características más importantes de la institucionalidad estadística: confianza de la ciudadanía y capacidad técnica. Para lograrlo, se perfeccionará el proyecto de ley que moderniza el INE. En el caso particular del Censo, la Comisión Externa Revisora convocada por el gobierno de Piñera recomendó realizar uno nuevo. Más aún, la Comisión recomendó no utilizar los datos recolectados para fines de políticas públicas. Por lo tanto, es imprescindible realizar un nuevo Censo.

6. Nuevas agencias de la Administración del Estado

Con el fin de cumplir debidamente los objetivos hasta aquí reseñados, se hace necesaria la creación de algunas nuevas agencias que formen parte de la Administración del Estado. A continuación se destacarán algunas.

Ciudad, vivienda y territorio

Con el propósito de velar por la política de infraestructura urbana y la coordinación en su ejecución, se dotará de una institucionalidad permanente a la *Comisión Interministerial de Ciudad, Vivienda y Territorio*. Estará integrada por los ministros de Vivienda, quién la presidirá, de Obras Públicas, de Transporte y Telecomunicaciones, de Bienes Nacionales y el Subsecretario de Desarrollo Regional.

Medio ambiente

Es necesario evaluar el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA,) a la luz de los objetivos iniciales que movieron al anterior gobierno de la Presidenta Bachelet a presentar la reforma a la institucionalidad ambiental, e impulsar con decisión los cambios necesarios que aseguren a todos los ciudadanos, organizaciones y empresarios, una institucionalidad validada desde el punto de vista técnico. Asimismo, se reforzará la Superintendencia del Medio Ambiente dándole presencia organizada en cada región del país.

Cultura

Se plantea la creación del *Ministerio de Cultura y Patrimonio*, que será una institución con énfasis locales, que promueva la cultura, las artes y la interculturalidad. Este Ministerio debe ser capaz de una acción de dinámica, moderna y eficiente, manteniendo y profundizando las estructuras participativas actuales y generando nuevos espacios y metodologías de participación de la sociedad civil; avanzando cualitativamente en fórmulas de descentralización efectiva; incrementando las

responsabilidades en la incorporación de la cultura y las artes en la educación.

Asimismo, se introducirán modificaciones al *Consejo Nacional de Televisión*, incorporándolo al Ministerio de Cultura y Patrimonio, ampliando sus atribuciones, manteniendo su rol de regulador de la TV, enfatizando su rol de fomento de la calidad de la industria televisiva, tanto a nivel de TV abierta, pago, regional y comunitaria.

Se buscará modificar la televisión pública, a través de un proyecto de ley. Esto, pues se deben ampliar las facultades de *Televisión Nacional de Chile* para un cumplimiento efectivo de los objetivos asociados con la misión pública que la ley le entrega. Al directorio se le aplicarán los deberes y régimen de responsabilidades de los directores de las Sociedades Anónimas y se le impondrá la obligación de dar cuenta de su gestión una vez al año. Además, TVN incorporará financiamiento público de manera sistemática, con el objeto de que pueda producir bienes públicos socialmente valorados que los privados no tienen obligación de producir. Esto, pues en el nuevo escenario de TV Digital, el canal público debiera desarrollar a lo menos dos frecuencias abiertas y gratuitas adicionales. Una, de noticias –actualmente sólo disponible en plataformas de pago- y otra para un canal educativo-cultural.

Transporte

En cuanto a la gestión de los sistemas de transporte en las ciudades, se creará la Autoridad Metropolitana de Transportes para cada área metropolitana.

Pueblos indígenas

Conforme a los objetivos planteados para la Nueva Constitución, se requiere adecuar la institucionalidad vinculada a los pueblos indígenas. Se realizará, primeramente, un proceso de consulta para establecer reformas que generen espacios de autonomía y autodeterminación a nivel territorial mediante la generación de Estatutos Especiales de Autonomía.

Se impulsará, luego, una nueva institucionalidad indígena que recoja la experiencia histórica de entidades como CONADI y de la Ley Indígena y que eleve el estándar de la relación de los Pueblos Indígenas con el Estado. En efecto, los asuntos indígenas han estado a cargo de la CONADI, una institución que es una corporación dependiente de un Ministerio, lo que resta fuerza a su accionar. Por ello, el Programa plantea conferir rango de Ministro de Asuntos Indígenas al Director de la CONADI. Luego, se enviará al Congreso el proyecto de ley que crea el *Ministerio de Asuntos Indígenas*, que será además el encargado de colaborar con el Presidente de la República en la definición de una política indígena para Chile. Junto a este, se enviará otro proyecto que crea el *Consejo de Pueblos Indígenas*, autónomo y representativo de los diversos pueblos que existen en Chile. El Consejo deberá tener funciones consultivas y resolutivas y garantizar la debida representación por Pueblos, entre otras materias. Esta iniciativa será con consulta de los Pueblos Indígenas.

Se adecuarán los marcos regulatorios actualmente vigentes a las normas del Convenio 169 de la OIT, de manera de velar por su adecuada implementación y respeto. Esto incluye la revisión y eventual modificación –con consulta- del reglamento general de consulta como también respecto del nuevo reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, a objeto de que ambos instrumentos cumplan efectivamente con los estándares del Convenio 169. Además, se evaluará un mecanismo de financiamiento a estos procesos de consulta.

Se implementará, también en consulta con los pueblos indígenas, procedimientos e iniciativas para proteger efectivamente los recursos naturales y económicos de ellos.

7. Los derechos fundamentales en la Nueva Constitución

Ahora bien, como se planteó al inicio de esta presentación, la intención manifestada por el actual Gobierno es, mediante el impulso de un nuevo texto constitucional y las demás reformas estructurales planteadas en su Programa, convertir a Chile en un *Estado Social y Democrático de Derecho*. Y como no se entiende de qué forma un Estado puede ser “Social” sin abordar su relación con los derechos fundamentales

de las personas, finalmente se hace necesario hacer alguna referencia sobre la materia.

Como señala el Programa, la Nueva Constitución debe asumir un compromiso categórico con el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales, a la fecha el mínimo ético universal en que los pueblos civilizados basan sus formas de convivencia. Así, será deber de los órganos del Estado respetar, promover y asegurar, en todos sus niveles de protección, el pleno ejercicio de los derechos humanos, propendiendo a su progresividad, expansividad y óptima realización posible.

Por ello, la Nueva Constitución, fruto de la confluencia de las tradiciones liberal, democrática y social requiere de un completo y equilibrado catálogo de derechos, deberes y garantías que plasme los derechos establecidos en los principios, declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos; reconociendo explícitamente que ellos constituyen limitaciones a la soberanía. Como señala el Programa:

“La Nueva Constitución Política debiera basarse por consiguiente en los valores de la dignidad de la persona; de la libertad, de la igualdad y de la solidaridad; estableciendo en plenitud un sistema democrático que reconozca el pluralismo propio de las sociedades democráticas modernas y, con ello, la autonomía moral de las personas y su libre desarrollo de la personalidad” (“Chile de Todos”, 2013, p. 30).

En particular, el desarrollo de este nuevo catálogo debiera contener, básicamente, los siguientes aspectos:

- **Derecho a la vida e integridad física y psíquica:** El Estado debe garantizar a todas las personas que no sean sometidas a torturas ni tratos crueles, inhumanos o degradantes. Se requiere abolir efectivamente la pena de muerte, prohibir el trabajo forzado y la trata de personas. En particular, el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia de género.
- **Derecho a la igualdad y a la no discriminación:** La Nueva Constitución debe garantizar la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria, sea por razón de sexo, origen étnico, origen social, opinión, orientación sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Ello incluye la

promoción por el Estado de la igualdad de derechos y cargas de hombres y mujeres dentro del hogar y el favorecimiento del acceso equitativo de mujeres y hombres a cargos de elección popular y a puestos de responsabilidad profesional y social, incluso mediante medidas de acción positiva, con estándares de temporalidad, proporcionalidad y afectación.

- **Derecho a la libertad y seguridad personal.**
- **Derecho a la tutela judicial y garantía del debido proceso, en sede civil y penal.**
- **Derecho a la libertad de conciencia, en el marco de una Constitución laica y pluralista.**
- **Derecho a la libertad de pensamiento y expresión, y a buscar, recibir y difundir información:** Esto implica que una ley determine los límites a la concentración de la propiedad de los medios de comunicación social, así como la apertura plural del espectro radioeléctrico y la distribución del avisaje público.
- **Derechos de los niños, niñas y adolescentes,** de acuerdo al estándar internacional.
- **Derecho a la identidad, a la intimidad, a la imagen, al honor y derechos sexuales y reproductivos.**
- **Derecho de propiedad:** Junto con reconocer el derecho a la propiedad privada, debiera contemplar la idea de que la propiedad obliga y que su uso debe servir al mismo tiempo al bien común. En esa línea, se requiere reconocer que la función social del derecho a la propiedad privada y a la herencia, delimitará su contenido, de conformidad a la ley.
- **Derecho a la libre iniciativa económica privada,** con las limitaciones establecidas en la ley.
- **Dominio público pleno, absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible del Estado sobre los recursos hídricos, mineros y del espectro radioeléctrico:** En virtud de ello, expresamente se establecería que el Estado tiene derecho a regalías por el aprovechamiento de los recursos naturales, especialmente minerales; además, las aguas serían bienes nacionales de uso público, cualquiera sea el estado en que se encuentren, el lugar en que estén depositadas o el curso que

sigan, incluidos los glaciares. Quedaría entregado al legislador la regulación del procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos que se reconozca a los particulares sobre las aguas, sin perjuicio de reservar caudales de aguas superficiales o subterráneas para asegurar la disponibilidad, calidad, seguridad y continuidad del recurso hídrico para todas las personas.

- **Derechos políticos:** Se debe reconocer el derecho de participar en la vida pública y política del país, siendo el sufragio un derecho esencial de la ciudadanía. Por tanto, debe ser fortalecido para asegurar la más plena participación. Se reconocerá el derecho de asociación política, el derecho de protección del Estado a los nacionales, el derecho a la nacionalidad, el derecho a una buena administración, el derecho de acceso a los documentos, el derecho de petición a la autoridad y el derecho de reunión y manifestación. El sufragio es universal, igualitario, secreto y debe poder ser ejercido por todos los chilenos mayores de 18 años, en su dimensión pasiva y activa, sin que su domicilio o lugar de residencia puedan limitar o condicionar el derecho al sufragio. El Estado debe favorecer el acceso y participación en condiciones igualitarias entre mujeres y hombres a cargos de elección popular.
- **Derecho a la participación política y social:** La Nueva Constitución debe garantizar el derecho a la participación política y social en las diferentes áreas de la vida nacional como garantía del orden político e institucional y como derecho incluyente de los grupos históricamente excluidos de los espacios de toma de decisiones públicas. La Ley determinará las normas y requisitos para el registro legal y las formas específicas de intervención de los partidos políticos, cuyo fin es promover la participación de la ciudadanía en la vida democrática, asegurando la transparencia, las prácticas democráticas y la representación equilibrada de mujeres y hombres en su vida interna.
- **Derechos colectivos y reconocimiento de los pueblos indígenas:** Debe quedar establecido que Chile, en cuanto Nación, es indivisible y pluricultural, pero que incluye a los pueblos indígenas, quienes gozan de identidad y cultura propia.

Sus derechos colectivos se relacionan con el medio en que viven y en el uso de sus recursos, y el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, lengua, instituciones y tradiciones sociales y culturales. El Estado deberá fomentar la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones.

Derechos económicos, sociales y culturales

En cuanto la Nueva Constitución, en cuanto consagrará un Estado social y democrático de derecho, corresponde hacer mención especial a los derechos económicos, sociales y culturales, que deberán ser asumidos como verdaderas obligaciones de la actividad estatal, para asegurar mínimos de igualdad social para un disfrute efectivo de todos los derechos.

Así, corresponde al Estado garantizar el derecho a la educación, al trabajo, a la vivienda, a la protección de la salud, a la seguridad social, el derecho de las personas con discapacidad y de la tercera edad, el derecho al goce del medio ambiente libre de contaminación. Se reconocerá el derecho a la cultura, entendido tanto como el derecho a bienes culturales como al patrimonio cultural. El Estado deberá promover la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés nacional.

Garantías

Para garantizar efectivamente el desarrollo y la efectividad del conjunto de derechos fundamentales, se deben establecer las acciones y recursos que permitan su reclamo ante las instancias judiciales, tales como el amparo, la protección y el acceso a la información; también se debe establecer que las limitaciones a estos derechos sólo puede hacerse por ley; y que se no puede afectar el derecho en su esencia. Por otra parte, los estados de excepción constitucional sólo pueden limitar los derechos en los supuestos fácticos que la Constitución Política establece, con estricta sujeción a estándares internacionales.

Deberes

En materia de deberes constitucionales, la Nueva Constitución debe hacerse eco de la fórmula de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que sitúa a las personas y sus grupos no sólo frente al Estado, sino frente a la comunidad en que viven, de suerte que los deberes superen concepciones individualistas que niegan la necesidad de la cooperación y la solidaridad social. En consecuencia, la Constitución deberá establecer deberes relativos a la vida pacífica, el respeto de los derechos, la contribución a una sociedad solidaria, el cumplimiento con las cargas reales y personales que establezca la ley; los deberes para con el Estado nacional, sus valores e intereses permanentes y los deberes relativos al respeto y cumplimiento de la Constitución y la ley.

Bibliografía

Chile de Todos. Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018. (2013).
Santiago: s. e.

MULTICULTURALISMO Y NUEVA CONSTITUCIÓN

*Jaime GAJARDO FALCÓN**

Resumen

El presente trabajo trata desde una perspectiva normativa la relación entre el multiculturalismo y la “nueva” Constitución. En primer lugar, analiza el fenómeno multicultural en Chile y sus principales aspectos conceptuales en relación al constitucionalismo, anclando la discusión sobre la forma en que la Constitución debe afrontar el desafío de la diversidad cultural en los presupuestos teóricos del multiculturalismo. Luego, en segundo lugar, revisa panorámicamente la forma en que las Constituciones latinoamericanas han abordado el fenómeno multicultural de fuente indígena. En tercer lugar, examina brevemente los aspectos críticos de la actual Constitución Política y su diseño institucional. Finalmente, reflexiona sobre los aspectos que debería considerar la nueva Constitución en materia multicultural.

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho, con mención en Derecho Público, Universidad de Chile. Máster en Gobernanza y Derechos Humanos, Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Doctorando en Derecho y Ciencia Política, Universidad Autónoma de Madrid. Actualmente se desempeña como Personal Investigador en Formación, en el Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid y es Becario Chile para estudios doctorales en el extranjero. Correo: gajardofalcon@gmail.com

1. A modo de introducción: aspectos conceptuales importantes

Para los efectos del presente trabajo, hago la distinción entre el multiculturalismo entendido como hecho o fenómeno social y el multiculturalismo como propuesta normativa, es decir, de visión y enfoque político-jurídico para abordar el fenómeno. Considero que la distinción es útil, ya que, suele ocurrir que las diferencias académicas –y políticas- comiencen con malos entendidos conceptuales.

Así las cosas, el multiculturalismo como hecho es el pluralismo de las culturas al interior de una sociedad política, esto es, de los universos-simbólicos que confieren significado a las elecciones y a los planes de vida de aquellos que la habitan¹¹³. El multiculturalismo, como un hecho o fenómeno social, es una realidad que se presenta en la mayoría de los países en el mundo¹¹⁴.

Las fuentes del fenómeno multicultural son de dos tipos. La primera fuente es la coexistencia dentro de un determinado Estado de más de una nación o pueblo. En esta primera fuente, se incluyen los Estados formados por más de una nación y aquellos que poseen pueblos indígenas en su interior. La segunda fuente del multiculturalismo es la inmigración. Un país será multicultural si presenta un gran número de individuos de otras culturas o nacionalidades, que hubieran llegado al país producto de la inmigración y mantengan algunas de sus particularidades culturales¹¹⁵.

La sociedad chilena no se encuentra exenta del fenómeno multicultural, es más, durante las últimas dos décadas hemos podido observar

¹¹³ Cf. VIOLA, Francesco (2003). “Constitución y multiculturalismo”. *Ragionpractica*, N° 11, pp. 33-71. Entender el multiculturalismo, desde la óptica de pluralismo de las culturas, trae como consecuencia no incluir en el concepto los tipos de vida, movimientos sociales y asociaciones voluntarias de la sociedad civil, que otros sí incorporan. Estos grupos se pueden considerar de interés, a diferencia de los que surgen por las fuentes del multiculturalismo, que se denominarían grupos de tipo identitarios. Cf. GUTMANN, Amy (2008). *La identidad en democracia* [Identity in democracy]. OTERO, Estela (Trad.), Buenos Aires: Katz Editores, pp. 61-126.

¹¹⁴ En ese sentido apunta Amy Gutmann: “Todas las sociedades democráticas modernas contienen múltiples culturas en su interior. En ese sentido directo, las sociedades democráticas pueden llamarse multiculturales”. Cf. GUTMANN (2008), p. 68

¹¹⁵ KYMLICKA, Will (1995). *Multicultural Citizenship*. Oxford: Oxford University Press, pp. 10-11.

cómo se vuelve más porosa, con presencia de las dos fuentes multiculturales previamente identificadas y, por ende, el desafío multicultural se ha tornado más complejo de gestionar. Así, la población indígena es aproximadamente un 8% del total de habitantes del país. Entre ellos, Mapuches, Rapa Nui, Aymaras, Atacameños, Diaguitas o Yaganes¹¹⁶. En lo relativo a la inmigración, según los datos del Departamento de Extranjería y Migración (DEM) del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, la inmigración ha aumentado significativamente en la última década¹¹⁷. Si el año 2000 se entregaron 188 cartas de nacionalización, el año 2010, se cuadruplicaron, con un total de 741¹¹⁸. En lo referente a permisos de residencias permanentes o temporales, éstos también han aumentado considerablemente. Según el censo de población del año 2002 existía un total de población extranjera residente en Chile de 184. 464 personas, las que al año 2009, según la estadística del DEM serían 352. 344 personas. Estas cifras indican que alrededor del 2, 08% del total de la población residente en el país es extranjera. Dentro de este grupo se destaca la población de origen fronterizo, que agrupa a más del 61% del total de inmigrantes: la comunidad peruana con un 37, 1% del total; la comunidad argentina con un 17, 2%; y la boliviana con un 6, 8%¹¹⁹.

¹¹⁶ Según el censo del año 2012, la población chilena que se auto identificaba como indígena, aumentó considerablemente, del 8% al 11, 11% (1. 714. 677 personas). Lamentablemente dichas cifras se encuentran en revisión debido a los graves errores cometidos en el proceso censal.

¹¹⁷ Macarena Machín, señala que: “Chile ha pasado de ser un país de emigrantes a ser un país de migrantes. El dato que lo confirma corresponde al saldo migratorio, es decir, la diferencia entre el número de migrantes y el número de emigrantes de un país en un determinado momento. En el caso de Chile, el saldo migratorio es positivo desde 1995 hasta ahora, y se estima que seguirá siéndolo puesto que, como ya se ha mencionado, Chile representa uno de los focos de estabilidad económica y democrática en la región”. Véase: MACHIN, Macarena (2011). *Los derechos humanos y la migración en Chile*. Disponible en: <http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/resumen_ejecutivo_informe_migrantes_noviembre_2011.pdf> [consulta: 20 abril 2014].

¹¹⁸ Sobre la migración y el mercado laboral chileno, véase las interesantes estadísticas que se presentan en: GAMMAGE, Sarah y HELMREICH, Anne (2013). “Migración y mercados laborales en Chile: un trabajo decente para todos”. En: *Un Chile abierto: propuestas para una nueva Ley de Migración, N° 2*. Santiago: Centro Democracia y Comunidad, pp. 38-61.

¹¹⁹ Según el censo del año 2012, la población chilena de origen extranjero aumentó, representando el 2, 1% del total de la población (339. 536 personas). Lamentablemente dichas cifras se encuentran en revisión debido a los graves errores cometidos en el proceso censal.

Chile es un país multicultural, debido a la presencia de pueblos indígenas y un número considerable y en aumento de inmigrantes; sin embargo no se reconoce como tal y el tratamiento normativo del fenómeno ha sido débil y deficitario. A ello se debe sumar la falta de reconocimiento y menosprecio a la cultura de los pueblos originarios, la criminalización de sus movimientos y demandas, y la usurpación de territorio del que han sido víctimas los pueblos indígenas por parte del Estado de forma histórica¹²⁰. Todo ello ha implicado que el “conflicto indígena” y especialmente el que existe con el pueblo mapuche se encuentre dotado de una gran carga simbólica y una desconfianza severa por parte de los pueblos indígenas hacia las autoridades gubernamentales¹²¹.

Ahora bien, desde un punto de vista estrictamente normativo, caben las siguientes preguntas: ¿Cómo abordar el fenómeno multicultural desde el derecho? ¿Es necesario un enfoque diferente a la conocida fórmula de igualdad y no discriminación? ¿Es necesario que la Constitución establezca normas especiales para los pueblos indígenas o en materia migratoria?

Para responder las preguntas planteadas, previamente es necesario señalar que ahora transitamos al nivel normativo del multiculturalismo, es decir, a los enfoques que se han dado desde la filosofía política y jurídica al fenómeno en cuestión. En ese sentido, las respuestas al hecho multicultural han venido tanto del liberalismo (cultural)¹²², comunita-

¹²⁰ Sobre el conflicto indígena en términos amplios y con una visión panorámica de sus principales aspectos en Latinoamérica, véase: BENGOA, José (2007). *La emergencia indígena en América Latina*. Santiago: Fondo de cultura económica, 343 pp.

¹²¹ Al respecto, véase: EGAÑA, Rodrigo (ed.) (2008). *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas*. Santiago: Comisionado presidencial para Asuntos Indígenas, 684 pp.

¹²² El liberalismo cultural se encuentra integrado por dos variantes del liberalismo, a las cuales Kymlicka ha identificado como nacionalismo liberal (J. Raz) y multiculturalismo liberal. El culturalismo liberal sería la perspectiva que sostiene que el Estado liberal democrático no sólo debería hacer respetar los derechos políticos y civiles de ciudadanía que amparan todas las democracias liberales, sino que también, deben adoptar varios derechos específicos de grupo o políticas dirigidas a reconocer y a acomodar las diferentes identidades y necesidades de los grupos etnoculturales. El culturalismo liberal, implica el paso de un Estado liberal neutro en lo cultural a uno protector de los grupos etnoculturales que viven en su interior, el cual adoptaría derechos específicos para los grupos y políticas de reconocimiento. Al respecto, véase: KYMLICKA, Will (2003). *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Barcelona: Paidós, pp. 62-63.

rismo¹²³ e interculturalismo¹²⁴. En este plano, lo interesante es que, a pesar de las diferencias de enfoques entre las visiones normativas del fenómeno multicultural, existe una intersección en sus planteamientos, que implica un gran cambio normativo y enormes desafíos para el sistema constitucional e institucional. Podríamos resumir estos planteamientos en los siguientes aspectos: 1) se reconoce la importancia de la cultura grupal o particular en la construcción de la identidad de los individuos; 2) se acepta la posibilidad de que los individuos de grupos culturales o étnicos tengan un reconocimiento expreso de sus

¹²³ El enfoque comunitarista, en rasgos generales, plantea una política basada en la relevancia de la comunidad y su reconocimiento en el valor intrínseco para la identidad de los individuos. Asimismo, aboga por un reconocimiento y valoración de los grupos étnicos y culturales y critica al liberalismo por su pretensión de neutralidad. Para Charles Taylor (un comunitarista moderado), plantea la política del reconocimiento, que es: “La discriminación a la inversa es defendida como una medida temporal que gradualmente nivelará el campo de juego y permitirá que las viejas reglas “ciegas” retornen con todo su vigor, en tal forma que no discriminen a nadie. Este argumento parece bastante convincente ahí donde su base fáctica es sólida; sin embargo, no justificará algunas de las medidas que hoy se piden en nombre de la diferencia, y cuyo objeto no es el de hacernos retroceder, a la larga, a un espacio social “ciego a la diferencia”, sino, por el contrario, conservar y atender a las distinciones, no sólo hoy, sino siempre. Al fin y al cabo, si la identidad es lo que nos preocupa, ¿entonces qué es más legítimo que nuestra aspiración a nunca perderla?” Cf. TAYLOR, Charles (2009). *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*. México: Fondo de cultura económica, 2ª ed., p. 73.

¹²⁴ El enfoque intercultural tiene distintas versiones, presentando diferencias internas importantes. Así, podemos anotar al menos tres versiones del interculturalismo: canadiense, europeo y latinoamericano. Para los efectos del presente trabajo, y a modo de simplificación del asunto, cuando me refiera a interculturalismo hablo de su versión latinoamericana. En un trabajo reciente y teóricamente esclarecedor de las diferencias teóricas del enfoque intercultural con el liberalismo cultural de fuente anglosajón, Edwin Cruz señala que: “La categoría de interculturalidad se elaboró en una crítica al multiculturalismo anglosajón que comprendió cuatro aspectos: una crítica metodológica contra la concepción esencialista de la identidad colectiva y el supuesto de que la desigualdad entre las culturas se explica por su tamaño, para sugerir una idea relacional de la identidad y una concepción de la desigualdad entre culturas basada en la relación de dominación/subalternidad. Una crítica a la concepción del otro implícita en el enfoque multicultural que propugna por ir más allá de sus horizontes normativos, la tolerancia y la coexistencia, para construir el respeto, la convivencia, el diálogo y el aprendizaje mutuo entre culturas. Una crítica a la concepción formal de justicia que abandera el multiculturalismo, en favor de una justicia sustancial que vaya más allá del reconocimiento de derechos grupales para incluir cambios estructurales que ataquen las causas de la desigualdad y articulen la justicia cultural con la justicia social. Finalmente, una crítica a la concepción de supremacía del multiculturalismo, que sostiene que las relaciones entre culturas se deben desarrollar en el marco liberal estableciendo *a priori* una desigualdad entre ellas”. Cf. CRUZ, Edwin (2014). “Multiculturalismo, interculturalismo y autonomía”. *Estudios Sociales*, N° 43, pp. 243-269.

particularidades de forma normativa, posibilitando la protección de éstos frente a las injerencias de la cultura mayoritaria; 3) se refuerza todo el aparato normativo e institucional antidiscriminatorio hacia los individuos de los grupos étnicos o culturales desaventajados¹²⁵.

Así, en términos prácticos y normativos, la discusión gira en torno a las formas de tutela de las minorías nacionales o étnicas y los inmigrantes. Se da un salto en el hecho de que la justicia social pueda ser definida en términos de reglas que no hagan caso omiso de las diferencias, se acepta que puedan ser desiguales. De igual forma, se invierte la carga de la prueba, la que ya no corresponde a quienes defienden los derechos de las minorías, sino a quienes plantean que las reglas no deben hacer caso de las diferencias, debiendo probar que el *statu quo* no crea injusticias para los grupos culturales o étnicos desaventajados.

Pese a la intersección de posturas señaladas, la gran diferencia teórica que existe entre el liberalismo (cultural) por un lado y el comunismo e interculturalismo por otro, se encuentra en el reconocimiento y conceptualización de los derechos de los grupos. Para los comunitaristas e interculturalistas los derechos de grupos o colectivos¹²⁶ son fundamentales para la protección de los grupos étnicos y culturales. Sin embargo, para los liberales los derechos de los grupos son una categoría conceptual que no tendría cabida dentro del liberalismo¹²⁷. De todas formas, hay que tener presente que existen autores liberales que plantean la compatibilidad de los derechos de los grupos con el liberalismo¹²⁸.

¹²⁵ Para Kymlicka, existiría un consensón teórico en torno al liberalismo cultural, no sólo dentro de los liberales, sino que también en las otras perspectivas teóricas. Cf. KYMLICKA(2003), pp. 59-71.

¹²⁶ Para Bhikhu Parekh, el concepto “derechos colectivos” es genérico y los derechos de los grupos son especies que pertenecen a ese género. Asimismo, realiza una distinción entre derechos colectivos derivados y primarios, basada en la forma o naturaleza de su adquisición. Cuando los individuos ponen en común sus derechos o los ceden a la colectividad, se habla de derechos colectivos derivados. Si los grupos adquieren derechos por lo que son y no de forma derivada, estaríamos en presencia de un derecho colectivo primario y que serían los que interesarían para el presente trabajo. Cf. PAREKH, Bhikhu (2005). *Repensando el multiculturalismo*. Madrid: Istmo, p. 317.

¹²⁷ Al respecto, véase: BARRY, Brian (2005). *Culture and equality: anegalitarian critique of multiculturalism*. Cambridge: Harvard University Press, pp. 61-103.

¹²⁸ Al respecto, véase: TORBISCO, Neus (2006). *Group Rights as Human Rights. A Liberal Approach to Multiculturalism*. Barcelona: Springer, 263 pp. Asimismo, revisando la posi-

Con estas breves pinceladas teóricas sobre el fenómeno multicultural, he buscado poner en contexto la discusión constitucional al respecto y señalar, que más allá del enfoque a utilizar, debido a lo incipiente del debate en Chile, puede resultar de gran utilidad comenzar con la intersección anotada, antes de inclinarse por alguno de los enfoques señalados. En el próximo punto analizaré de forma particular, la recepción internacional y constitucional del fenómeno multicultural de fuente indígena y la principal normativa internacional y nacional en materia migratoria.

2. Formas de acomodación de la multiculturalidad en las constituciones latinoamericanas

Durante las últimas tres décadas, tanto en el derecho internacional, como en el plano constitucional, se ha producido un vertiginoso desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas. En el ámbito internacional, se fue produciendo un cambio de enfoque, decidiéndose que para acomodar la diversidad cultural no bastaba con la protección de los derechos humanos por la vía individual¹²⁹. El punto de inflexión se produce con la aprobación del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo de 1989 (en adelante “Convenio N° 169 de la OIT”). Éste es el primer instrumento internacional que se refiere a los “Pueblos Indígenas” como tales.

El Convenio N° 169 de la OIT, “separó radical y definitivamente el tema indígena de la cuestión de las minorías, en la medida que los indígenas aparecen con derechos colectivos reconocidos en forma explícita, cuestión que no ocurre de la misma manera con las minorías”. Esto es, a mi juicio, lo más importante del Convenio.

Avanzando en la protección de los derechos de los pueblos indígenas la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos

bilidad de conceptualizar derechos de grupo en el plano de la teoría del derecho, véase: RODRÍGUEZ ABASCAL, Luis (2002). “El debate sobre los derechos de grupo”. En: *Estado, Justicia y Derechos*, Madrid: Alianza Editorial, pp. 409-434.

¹²⁹ Véase: TORBISCO, Neus (2014). “Derechos indígenas: reconocimiento y desafíos para la democracia constitucional y para los derechos humanos”. En: *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Madrid: Marcial Pons, pp. 82-127.

indígenas, adoptada en septiembre de 2007 (en adelante “DPPI”) reforzó las dimensiones colectivas de los derechos humanos de los pueblos indígenas. La Declaración en los artículos 3 y 4 reconoce expresamente el derecho a la libre determinación, asociado al autogobierno y la autonomía, para resolver sus asuntos internos, disponer de medios para ello y elegir libremente su desarrollo económico, social y cultural.

En el mismo sentido, en el artículo 5 de la DPPI se consagra el derecho de los pueblos indígenas a “conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”. Como se puede apreciar, hay un reconocimiento explícito al autogobierno y, por tanto, a la dimensión colectiva de sus derechos. En los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17, se establece el derecho de los pueblos indígenas a lo que se ha denominado como “supervivencia cultural”, con el deber por parte del Estado de adoptar medidas eficaces para asegurar su protección. El artículo 13 en su punto primero señala el derecho a la práctica de la cultura y en el punto segundo, el deber del Estado de asegurar dicho el derecho a la “supervivencia cultural”.

En similares términos al Convenio N° 169 de la OIT, la DPPI consagra derechos de autogobierno, de representación, de polietnicidad (especialmente de educación) y en general, vela por un trato intercultural y de reconocimiento con el Estado que alberga en su seno pueblos indígenas¹³⁰.

Como se ha podido apreciar, el derecho internacional para los pueblos indígenas se ha desarrollado ampliamente, tomando decisiones concretas para reconocerles estatus y estableciendo, entre otros aspectos, de forma expresa derechos de grupo a los pueblos indígenas¹³¹.

¹³⁰ De forma similar, pero en razón de la realidad de americana, en el año 1989 la Asamblea General de la OEA solicitó a la CIDH la preparación de un instrumento jurídico relativo a los derechos de las “poblaciones indígenas”. Luego de un largo proceso de trabajo con organizaciones de la sociedad civil y grupos indígenas, la CIDH en 1997 aprobó el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En marzo de 1997 la CIDH puso el proyecto de declaración a disposición de la Asamblea General de la OEA, el que no ha sido aprobado hasta la fecha. El proyecto de declaración es un instrumento internacional muy avanzado y que en gran parte de sus disposiciones ha sido recogido en la DPPI.

¹³¹ Además, los derechos de los grupos han sido expresamente reconocidos por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Al respecto, véase: GAJARDO

Por su parte, los Estados que conforman América Latina no se han mantenido al margen de este desarrollo internacional de los derechos de los pueblos indígenas. En su mayoría, han aprobado los Convenios señalados, suscrito las declaraciones mencionadas y han constitucionalizado los derechos de los pueblos indígenas¹³².

El valor que tiene el reconocimiento constitucional de la diversidad cultural de un país es un consenso tanto para quienes propugnan ideales liberales, comunitarios e interculturales. Por ello, me interesa identificar los principales “problemas” normativos que se han producido o esgrimido sobre el reconocimiento constitucional del multiculturalismo de fuente indígena, tomando en consideración que la mayoría de los países del continente durante los últimos 20 años han reconocido constitucionalmente la diversidad cultural.¹³³ En ese sentido, segui-

FALCÓN, Jaime (2014). “Derechos de los grupos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. En: *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Madrid: Marcial Pons, pp. 145-171.

¹³² Véase: GARGARELLA, R. “Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas”. En: *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Madrid: Marcial Pons, Madrid, pp. 129-143. La constitucionalización de los derechos indígenas, según Yrigoyen, ha tenido tres etapas: 1) El constitucionalismo multicultural (1982-1988); 2) El constitucionalismo pluricultural (1989-2005); 3) El constitucionalismo plurinacional (2006-2009). Al respecto véase: YRIGOYEN, Raquel (2011). “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”. En: *El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo xxi*, Buenos Aires: Siglo xxi, p. 140.

¹³³ Con sus diferencias, los países de América mayoritariamente han reconocido constitucionalmente su diversidad cultural, siguiendo modelos para ello, teniendo Constituciones políticas que reconocen todos o algunos de los siguientes puntos: 1) A los pueblos indígenas como tales; 2) La diversidad cultural; 3) La libre determinación de los pueblos; 4) Derechos de participación política; 5) Derechos de tierras, territorios y recursos naturales; 6) Lenguas indígenas; 7) Educación intercultural bilingüe; 8) Derecho Consuetudinario Indígena. La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia del año 2009, Colombia (1991), Ecuador (2008), México (2001) y Nicaragua (1986), las más avanzadas en la materia, ya que reconocen todos los puntos recién señalados. Así, además en las Constituciones de Argentina (1994), Brasil (1988), Costa Rica (1999), El Salvador (1992), Guatemala (1992), Honduras (1982), Paraguay (1992), Perú (1993) y Venezuela (1999), se reconoce constitucionalmente (con sus diferencias) la diversidad cultural, integrando uno o más de los puntos precitados. Cf. AGUILAR, Gonzalo, LAFOSSE, Sandra, ROJAS, Hugo y STEWARD, Rébecca (2010). “The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America”. *Pace International Law Review Online Companion*, N° 2, pp. 44-104. Asimismo véase: GARGARELLA, Roberto (2013). *Latin American Constitutionalism 1810-2010*. Oxford: Oxford University Press, pp. 172-195. Sobre el desarrollo constitucional de los países de América Latina en materia indí-

ré en cuanto al fondo lo señalado por Miguel Carbonell¹³⁴, haciendo algunas variaciones de orden y de enfoque. Carbonell ha planteado los siguientes “problemas”: 1) identificación del sujeto; 2) la tensión entre individuo y comunidad en los derechos indígenas; 3) armonización entre derecho indígena y derecho nacional.

A estos puntos, agrego un aspecto que considero fundamental y que tiene relación con el reconocimiento constitucional de la opción de vida (y desarrollo) que tengan los pueblos indígenas, y las colisiones que ella pueda originar con el modelo económico consagrado en la Constitución. Ello se abordará dentro de la tensión identificada con el número 2 del párrafo anterior, por cuanto ésta se produce en el ámbito institucional.

El primer aspecto que se analiza en el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas, dice relación con las supuestas complejidades para identificar el sujeto y el objeto sobre el cual se asignarán derechos y obligaciones. Las preguntas que surgen son: ¿Cómo determinar al sujeto protegido o pueblo indígena? ¿Cuál es el bien cultural protegido? ¿Qué es una cultura?

Las anteriores preguntas giran en torno a lo mismo: ¿cómo identificar una cultura indígena dentro de una sociedad mayoritariamente mestiza? Tal como anota Carbonell, muchas de estas preguntas surgen al inicio del debate sobre la constitucionalización de los derechos indígenas, con la intención de cerrar el debate¹³⁵, buscando como excusa la imposibilidad de determinación del sujeto. En el punto siguiente, analizaré con mayor detención esta objeción, cuando se revise este aspecto como una de las dificultades de los derechos de los grupos. Sin embargo, concuerdo con lo señalado por Carbonell, en el sentido que el Convenio N°169 de la OIT, sirve como punto de partida para la

gena durante los siglos XIX y XX, véase: CLAVERO, Bartolomé (2006). “Derechos Indígenas y Constituciones Latinoamericanas”. En: *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, pp. 313-338.

¹³⁴ Cf. CARBONELL, Miguel (2004). “Constitucionalismo y Multiculturalismo”. *Derecho y cultura*, Año 10, N°13, pp. 21-80.

¹³⁵ Al respecto apunta Carbonell: “Se trata de preguntas válidas, pero a veces tenían más la intención de cerrar el debate que de refinarlo. En cualquier caso, una parte de las mismas preguntas es la primera de las dificultades a las que tuvo que enfrentar el proceso de constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina”. *Ibid.*, p. 47.

identificación clara del sujeto. En su artículo 1¹³⁶, el Convenio da una definición del sujeto, que se ha aplicado en la gran mayoría de los países de la América Latina, con operatividad práctica y no sólo teórica¹³⁷.

Como segundo aspecto complejo, se ha señalado la tensión existente entre individuo y comunidad en el derecho indígena. A mi juicio, éste es el aspecto más importante y complicado para la teoría del Derecho Constitucional. Las primeras legislaciones indígenas, buscaron resolver esta tensión, atribuyendo derecho al indígena¹³⁸, y no a su “pueblo”, como comunidad. Sin embargo, el Estado unitario liberal no da las respuestas adecuadas a “pueblos” que tienen una concepción del mundo basada en lo “colectivo” más que lo “individual”. Para que la teoría del derecho pueda abordar seriamente esta cuestión, debe analizarse si los derechos de los grupos son compatibles o no dentro de un Estado democrático de derecho¹³⁹.

En tercer lugar, en cuanto a la armonización del derecho indígena con el nacional, el tema que se plantea aquí, es si el Estado reconoce o no el pluralismo jurídico. Carbonell anota que en la mayoría de los Estados de América Latina, la aspiración del pluralismo jurídico por parte de los pueblos indígenas ha sido reconocida en mayor o menor medida¹⁴⁰. Sin embargo ello, no implica que se hayan resuelto los problemas de armonización jurídica que trae consigo la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos tan diversos dentro del Estado¹⁴¹.

¹³⁶ En el punto primero del artículo 1, para atribuir la condición de “pueblo indígena” se toma en consideración aspectos geográficos, históricos, culturales y sociales. Luego ello se integra con el punto segundo, que da valor a la “autoidentificación”.

¹³⁷ Sobre los criterios que se tienen en cuenta por los organismos internacionales para identificar un “pueblo indígena o tribal”, véase: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009). *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 56/09, pp. 9-13.

¹³⁸ Un ejemplo es la Ley Chilena N° 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Dicha norma, en su artículo 1° establece que el sujeto protegido es el “indígena”, no el “pueblo indígena”.

¹³⁹ Al respecto véase el reciente aporte de TORBISCO(2014), pp. 82-127.

¹⁴⁰ CARBONELL (2004), p. 53.

¹⁴¹ Escéptica se muestra en éste punto Marian Ahumada, señalando que la coexistencia de ambos derechos junto con ser compleja, presenta serios problemas de legitimidad democrática. Véase: AHUMADA, Marian (2008). “Derecho Indígena y Constitucionalismo Democrático: una mirada crítica”. En: *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas*

Carbonell precisa que estas tensiones se pueden dar en dos dimensiones: una individual y otra organizativa o institucional. En el plano individual, según Carbonell¹⁴², los problemas de armonización dicen relación con la tensión entre los Derechos Humanos y Fundamentales y los “usos y costumbres” de los pueblos indígenas. Un mayor respeto por los derechos humanos, implica menor aceptación de los usos y costumbres; ergo, mayor laxitud con los derechos humanos, implica mayor aplicación de “usos y costumbres”.

Coincido con Carbonell respecto del punto central del análisis: la tensión es entre derechos humanos y “usos y costumbres”. No obstante, creo que la pregunta debe ser en cuanto al entendimiento de los derechos humanos, en un marco multicultural. Que los derechos humanos o fundamentales, sean límite aceptable para la aplicación del pluralismo jurídico, me parece inobjetable, pero el cómo se entienden e interpretan los derechos humanos, en mi opinión es un tema en desarrollo¹⁴³. Ello implica que el centro sea la integración de visiones, en el plano discursivo y por ende, en la interpretación del significado de los derechos humanos. Si los derechos humanos se observan sólo con un prisma occidental, la tensión tiende a volverse irresoluble e irreconciliable. La pregunta que debería resolverse en el plano de la filosofía del derecho, es la siguiente: ¿Es posible la multiculturalización de los derechos humanos? Responder a la pregunta, excede a los objetivos del presente trabajo, pero sirve para señalar que es un tema abierto en la discusión filosófica jurídica¹⁴⁴.

en la América Latina contemporánea. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 235.

¹⁴² CARBONELL (2004), pp. 54-55.

¹⁴³ Hay que tener presente que para llevar un debate serio, no se pueden idealizar posiciones, ni extremar los ejemplos. No comparto, que se señale por ejemplo, que las prácticas de los pueblos indígenas son en su mayoría contrarias a los derechos humanos, justificándose ello con ejemplos puntuales y muy repetidos. De igual forma, tampoco comparto la idealización de los “pueblos indígenas”. El debate debe buscar la integración cultural, no buscar ejemplificar “superioridades culturales”, ya sea de cosmovisión occidental o indígena.

¹⁴⁴ Existe una clara tensión entre los derechos humanos universales y los derechos de los pueblos indígenas, entendidos como un particularismo colectivo concreto. En ese sentido, para Etcheverría: “Lo primero que conviene subrayar es que dado que todo lo humano está contagiado de culturalidad e historicidad particular, también lo estarán las formulaciones de derechos humanos. ¿Cómo lograr que, a la vez, éstas se dirijan a todos los humanos y no lo hagan con contenidos tan marcados culturalmente por una cultura

La segunda dimensión en este punto, es la tensión que se produce en el plano organizativo o institucional. Aquí, la problemática se origina por el autogobierno indígena y su armonización con las instituciones nacionales, surgiendo problemas en cuanto a las políticas educacionales, de desarrollo, ambientales, e incluso de tipo electoral¹⁴⁵. Para la gestión de este tipo de complejidades, Carbonell anota un aspecto que debe tenerse en cuenta (también en el caso de los inmigrantes), y que comparto absolutamente. Señala que:

“Los grupos que reivindican a la vez cuestiones redistributivas y de reconocimiento son llamados por Fraser “comunidades bivalentes”, que se diferencian del resto en virtud tanto de la estructura socio-económica como de la estructura de la valoración cultural. En casi todos los países de América Latina, los indígenas son una comunidad “bivalente”, pues padecen discriminaciones por falta de reconocimiento, como de tipo socio-económico”.

Tomando en consideración lo anotado por Carbonell, es relevante que las políticas de reconocimiento tomen en cuenta la interdependencia del reconocimiento-redistribución, en la formulación realizada por Fraser¹⁴⁶; o el reconocimiento que implica justicia material, según el

particular que se conviertan en imposición de ésta? Una primera estrategia es la que propone Walzer: distinguir, por un lado, entre unos mínimos derechos-deberes básicos de alcance universal en los que el consenso es fácil y que no se imponen a las diferencias (derecho a no ser despojado de la vida y de la libertad —oposición a la dominación—, respeto a las creaciones culturales y derecho a la comunidad) y derechos-deberes que ya no son el resultado de nuestra común humanidad, sino que tienen carácter local y particular, apoyados en concepciones culturales particulares de los bienes sociales. Los primeros serían universales y los segundos culturales y específicos, sólo válidos para cada cultura en cuestión”. Véase: ETCHEVERRÍA, Xabier (2006). “La tradición de los derechos humanos y los pueblos indígenas: una interpelación mutua”. En: *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: España, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, p. 77. Asimismo, sobre la interpretación contextualizada de los Derechos Humanos en marcos multiculturales, véase: ÁLVAREZ, Silvina (2014). “Los derechos humanos como valores plurales. Multiculturalismo, cosmopolitismo y conflictos”. En: *Entre Estado y Cosmópolis*, Madrid: Editorial Trotta, pp. 179-212.

¹⁴⁵ Para Gargarella, es necesario no sólo poner atención en el reconocimiento de derechos, sino que también en la distribución de poderes, en los aspectos institucionales y orgánicos de la constitución, para promover la inclusión social. Véase: GARGARELLA (2013) p. 184.

¹⁴⁶ Cf. FRASER, Nancy (2006). “La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación”. En: *¿Redistribución o reconocimiento?* Madrid: Morata, pp. 71-88.

esquema de Honneth¹⁴⁷ ya que si no lo hacen en su formulación, se corre el riesgo, de que éste sea un reconocimiento de tipo “simbólico”¹⁴⁸.

3. Principales aspectos críticos de la Constitución Política 1980-2005 y la diversidad cultural

3.1. En materia indígena

La política indígena elaborada por la dictadura militar y su legislación, que ha sido catalogada como destructura de la comunidad¹⁴⁹, vieron en la elaboración y posterior aprobación de la Constitución Política de 1980 su fundamentación normativa e ideológica. La Constitución de 1980 tiene una coherencia en sus ideas políticas¹⁵⁰, que permiten su sistematización y, por ende, su apreciación ideológica sin mayores inconvenientes teóricos.

En la Constitución Política de 1980, se busca (con éxito) dar expresión normativa a un cuarteto valórico¹⁵¹ representado por los ideales de libertad, seguridad, progreso y justicia, que constituirían una forma de vida intrínseca de la persona y, que por tanto, la Constitución de-

¹⁴⁷ Cf. HONNETH, Axel (2006). “Redistribución como reconocimiento: Respuesta a Nancy Fraser”. En: *¿Redistribución o reconocimiento?* Madrid: Morata, pp. 89-148.

¹⁴⁸ Cf. YRIGOEYEN (2011), p. 143.

¹⁴⁹ El proceso de liquidación de las comunidades mapuches, la dictadura militar lo realizó mediante la aplicación del Decreto Ley N° 2. 568 de 1979, el que tenía por objetivos: 1) Promover el pleno acceso a la propiedad individual, mediante la entrega de títulos de propiedad a los mapuches y otros pueblos indígenas; 2) Lograr una asimilación total de los pueblos indígenas en la sociedad chilena; 3) Desarrollar una política agresiva para erradicar la “pobreza” de las comunidades mapuches y otros pueblos indígenas.

¹⁵⁰ Justamente la coherencia del ideal político establecido en la Constitución de 1980, permiten a Renato Cristi (junto a otros aspectos) sistematizar el pensamiento político de Jaime Guzmán, quién ha sido reconocido como el principal ideólogo de la Constitución. “(...) en un modo análogo al de los *Founding Fathers* de la Constitución americana, sus ideas políticas, particularmente en el ámbito del derecho constitucional, son coherentes y admiten de sistematización”. Cf. CRISTI, Renato (2011). *El pensamiento político de Jaime Guzmán*. Santiago, Lom ediciones, 2ª ed., p. 17.

¹⁵¹ En un sentido similar, para el profesor Francisco Zúñiga, la Constitución de 1980 cristaliza en su parte dogmática, los componentes ideológicos de una refundación autoritaria del capitalismo, los que serían: originariamente autoritarios, neoliberales, iusnaturalistas y lejanamente corporativistas. Cf. ZÚÑIGA, Francisco (2007). “Vieja – Nueva Constitución”. *Estudios Constitucionales*, N° 1, pp. 349-370.

biera proteger de sus posibles amenazas, y en particular de las decisiones de la mayoría, creando para ello sistemas contra mayoritarios al interior de la Constitución¹⁵².

Para los ideólogos de la Constitución de 1980, el ideal de libertad representaba una idea pre-política, un valor absoluto y una condición para la realización del resto de los valores morales que les interesa proteger. La noción de libertad, aparece ligada de manera irresoluble a la propiedad privada, los derechos individuales, la libertad de asociación y de empresa. Se busca una individualidad privada libre de cualquier interferencia, con la menor intervención estatal posible y con una Constitución Política que blinde al máximo dichos ideales, neutralizando la actuación del pueblo mediante una gran gama de mecanismos constitucionales¹⁵³.

Para el profesor Francisco Zúñiga, la Constitución de 1980 es:

“(...) una refundación autoritaria del capitalismo, con nítido sello neoliberal expresada en la fórmula del Estado subsidiario (mínimo); amplia recepción de derechos civiles de contenido patrimonial revestidos de una protección judicial extraordinaria-urgente en el proceso de amparo de derechos ante tribunales superiores de justicia; “autonomías constitucionales” como dispositivos contramayoritarios y enderezadas a defender o custodiar el “orden constitucional” (Tribunal Constitucional y Banco Central); y “enclaves autoritarios” subsistentes como la legislación de “supermayorías” o de quórum especial para dotar de estabilidad el

¹⁵² Para Jaime Guzmán, la forma de vida intrínseca es mediada por la democracia, la que considera una forma de gobierno que tiene un valor solo instrumental. Así señala Jaime Guzmán: “La democracia es una forma de gobierno, y como tal solo un medio –y ni siquiera, el único o el más adecuado en toda circunstancia- para favorecer la libertad, que en cambio integra la forma de vida hacia la cual todo sistema político humanista debe tender como fin u objetivo. Dicha forma de vida incluye además la seguridad y el progreso, tanto espiritual como material, y dentro de esto, tanto económico como social”. Cf. CRISTI(2011), p. 23. Siguiendo lo expuesto por Cristi, disiento de lo señalado por Humberto Nogueira, en el sentido de que el objetivo central del régimen militar era la estructuración de una democracia autoritaria y protegida. Ello no es el objetivo central, sino el medio que utilizan los ideólogos de la Constitución, para garantizar los valores e ideales que buscan proteger de las decisiones de la mayoría. Cf. NOGUEIRA, Humberto (2009). “La evolución político-constitucional de Chile 1976-2005”. En: *La evolución político-constitucional de América del Sur 1976-2005*. Santiago: Librotecnia, pp. 338-393.

¹⁵³ Al respecto, véase: ATRIA, Fernando (2013). *La Constitución tramposa*. Santiago, Lom ediciones, pp. 31-85

desarrollo de ciertos institutos de la parte dogmática de la Constitución (previsión, salud, educación, enseñanza, limitaciones a la libertad de adquirir bienes, propiedad minera, Estado empresario y amparo económico, entre otras) o de la parte orgánica de la Constitución (bases de la Administración del Estado, Congreso Nacional, Fuerzas Armadas y de Orden, Tribunal Constitucional, Banco Central, Contraloría General de la República y Gobierno y Administración interior)”¹⁵⁴.

Esta búsqueda de protección máxima de la “libertad”, entendida en su vertiente neoliberal¹⁵⁵, llevó a los redactores de la Constitución de 1980, a la utilización del principio de subsidiariedad en la parte dogmática de la Constitución, en particular en el primer artículo y capítulo, de la misma, que se denomina “Bases de la Institucionalidad”.

La Constitución de 1980 en el artículo precitado, preceptuaba que:

“Artículo 1°. - Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.”

¹⁵⁴ ZÚÑIGA, Francisco (2011). “Nueva Constitución y Constitucionalismo en el Bicentenario”. En: *XLI jornadas chilenas de Derecho Público*. Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pp. 6-7.

¹⁵⁵ Un excelente trabajo sobre el significado y alcance del “neoliberalismo” y en particular de su versión chilena, véase: ATRIA, Fernando (2013a). *Veinte años después. Neoliberalismo con rostro humano*. Santiago, Catalonia, pp. 33-54.

El principio de subsidiariedad fue creado por la Iglesia Católica y tiene su origen en documentos pontificios. En ese sentido la encíclica *Quadragesimo Anno* de Pío XI señala que:

“Conviene, por consiguiente, que la autoridad pública suprema deje a las asociaciones inferiores tratar por sí mismas aquellos asuntos y negocios que ellas puedan resolver, de menor importancia, en los cuales por lo demás perdería mucho tiempo o le serían de grandísimo impedimento para cumplir con mayor libertad, firmeza y eficacia cuanto a ella sola corresponde, pues de su exclusiva competencia, a saber: dirigir, vigilar, estimular, reprimir, según los casos y la necesidad lo exigen. Por lo tanto, tengan bien entendido los gobernantes que mientras más vigorosamente reine el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, quedando en pie y a salvo este principio de la función subsidiaria del Estado, tanto más firme será no sólo la autoridad sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y más próspera la condición del Estado”¹⁵⁶.

Recurso a la versión católica del principio de subsidiariedad porque fue la utilizada por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución¹⁵⁷, es decir, el artículo 1° de la Constitución Política de la República de Chile, se encuentra inspirado en el principio de subsidiariedad en su entendimiento católico.

El principio de subsidiariedad, en estos términos, pretende ordenar la relación entre persona, grupos intermedios (sociedad civil) y Estado. La organización es de carácter jerárquica y viene dada por la “naturaleza de las cosas”, lo que implica una visión de tipo iusnaturalista.

Junto a lo anterior, impone la obligación de que el Estado respete el “orden natural de las cosas”, el que sería profundamente individualista, con miras a evitar toda forma de colectivismo.

¹⁵⁶ Pío XI (1953). *Quadragesimo Anno*. Santiago, Talleres gráficos Pía Sociedad San Pablo. En: RUIZ-TAGLE, Pablo (2000). “Principios Constitucionales del Estado Empresario”. *Revista de Derecho Público*, N° 62, pp. 47-59.

¹⁵⁷ La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución de la República de Chile, fue creada por la Junta Militar de Gobierno (encabezada por el Dictador Augusto Pinochet Ugarte), en el año 1973 y tuvo por finalidad entregar el anteproyecto de la nueva Constitución Política de la República de Chile de 1980.

Así, la función principal del Estado, es la de “dirigir, vigilar, reprimir, según los casos y la necesidad lo exigen”, el orden natural de las cosas, protegiendo a la familia, los individuos y los grupos intermedios.

Con la plasmación del principio de subsidiariedad, en el sentido católico, en el artículo 1° de la Constitución Política de la República, los redactores de la Constitución buscaron establecer un modelo de sociedad, basado en la intervención mínima del Estado en la economía y en la reducción de su labor a la del Estado policial del liberalismo clásico¹⁵⁸.

Al principio de subsidiariedad se agrega la idea de un Estado-Nación, mono cultural y con unidad territorial. En este Estado, la ciudadanía se encuentra ligada a la nacionalidad y la vecindad en el país. De ello dan cuenta el artículo 2 (emblemas nacionales), 3 (unidad territorial), 5 (soberanía nacional) y el Capítulo II, sobre nacionalidad y ciudadanía.

¹⁵⁸ Intentando construir una concepción doctrinaria más amplia de la Constitución y buscando limitar la importancia del principio rector de subsidiariedad que tiene la Constitución Chilena, el profesor Ruiz-Tagle señala que: “Ciertamente, puede aceptarse que la carta fundamental chilena es el producto de una transacción de diversas ideas políticas y constitucionales, entre las cuales se encuentran algunas que representan una tradición de orientación católica y raíz iusnaturalista cristiana. Sin embargo, esta constatación no debe hacernos olvidar que también se puede vincular la constitución chilena a la tradición política liberal y a una serie de propuestas e ideas que son propias de la tradición social demócrata o socialista. Si se acepta esta tesis de la transacción de diversas tradiciones, como una base plural sobre la cual se construye la constitución política chilena, se debe atribuir importancia limitada al principio de subsidiariedad. Desde esta perspectiva, el principio de subsidiariedad se considera como relevante para los que hacen suya la tradición constitucional iusnaturalista, sin perjuicio que incluso en ese caso, la subsidiariedad no alcanza el nivel de un principio de derecho constitucional sino una forma ideológica variable, sin un contenido claro que intenta servir de guía para ordenar la relación entre las personas y el Estado”. Cf. RUIZ-TAGLE (2000), pp. 47-59. En un sentido similar, Jaime Bassa, tiene una propuesta interpretativa y doctrinaria sobre la Constitución de 1980, en el sentido de que esta debe ser re-interpretada en sus fundamentos y significados desde la Teoría Constitucional contemporánea y a partir de 1990 momento desde el cual sólo cabría hablar de Constitución en sentido estricto. Cf. BASSA, Jaime (2008). *El Estado Constitucional de Derecho*. Santiago, LexisNexis, 220 pp. Considero que el esfuerzo de ambos académicos, en términos intelectuales-doctrinarios, para limitar el peso del principio de subsidiariedad es importante y merece ser rescatado. Sin embargo, lamentablemente, dicho principio ha sido en la práctica una guía ideológica que ordena la relación de las personas y el estado, siendo además en forma reiterada usado por la jurisprudencia nacional, en todos sus niveles, como fundamento de sentencias. Por ello, cobra mucho más sentido buscar una nueva Constitución.

La Constitución de 1980, procura perpetuar una visión de mundo, en la cual no se integra la perspectiva de los pueblos indígenas¹⁵⁹. No establece reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas, ni derechos diferenciados. Tampoco reconoce valores o principios que permitan entender la diversidad cultural. El criterio utilizado por los ideólogos de la Constitución de 1980, al respecto, consiste en preceptuar el principio de igualdad ante la ley para todos los habitantes de la República, sin hacer distinción de ningún tipo.

Junto a lo anterior, es importante tener en cuenta, que en la Constitución de 1980, se constitucionalizó el derecho de propiedad y se le dio un carácter prácticamente absoluto. En el texto original de la Constitución de 1980, a diferencia de la Constitución de 1925, no se establecía la función social de la propiedad.

La Constitución de 1980, regula en forma lata tanto el derecho de propiedad (artículo 19, N° 24), la libertad para adquirir el dominio (artículo 19, N° 23) y la protege con la no afectación de las garantías constitucionales en su esencia (artículo 19, N° 26) y el recurso de protección (artículo 20).

Para los ideólogos de la Constitución de 1980, “(...) la noción de propiedad está estrechamente unida a la noción de libertad. El derecho de propiedad es una aplicación de lo que significa ser persona: es la realización de la libertad personal”¹⁶⁰. Así, proteger al máximo el dere-

¹⁵⁹ Manuel Núñez, señala que el no reconocimiento de los pueblos indígenas en la Constitución de 1980, se debe a: “(...) la completa ignorancia que los redactores de la Constitución vigente demostraron tener hacia la cuestión indígena, lo que supuso producir un texto en el que difícilmente tenían cabida (bajo el concepto de “grupo intermedio”, por ejemplo) los derechos de las comunidades indígenas al modo como se entienden hoy en día. Por el contrario, los principios constitucionales de la “unidad estatal” (art. 3° Const. Pol.) y “unidad de la soberanía” (art. 5° Const. Pol.), como asimismo las concepciones predominantemente europeas sobre el contenido de los derechos vinculados a la religión o a la propiedad, conspiran en contra de una visión pluralista de aquella comunidad política que se construye a partir del texto constitucional”. Cf. NÚÑEZ, Manuel (2010). “Invitación al estudio del Derecho y los derechos de los pueblos indígenas en el Chile republicano”. En: *Normativa nacional e internacional sobre pueblos indígenas*. Santiago: Librotecnia, pp. 15-16. Sólo difiere con el autor precitado, en el hecho de que el no reconocimiento de los pueblos indígenas no se debe a ignorancia, quizás a desprecio, pero fundamentalmente a una concepción del mundo, con valores sólo occidentales, donde el ideario de los pueblos indígenas no tiene cabida alguna.

¹⁶⁰ CRISTI(2011), p. 79.

cho de propiedad en su sentido más absoluto y pre-político, se vuelve una de las principales inspiraciones en la construcción normativa de la Constitución de 1980.

Todo lo anterior, da sentido a la legislación liquidadora de la comunidad indígena de la dictadura militar y tiene por objeto principal, realizar una verdadera restauración capitalista de corte neoliberal en Chile. Dicha transformación, entre otras cosas, busca terminar con la propiedad colectiva de las tierras indígenas y asimilar a todos los habitantes del país en una cultura, anclada en los valores ya señalados. Como señala Vicente Cabedo al respecto: “Se trataba de integrar al indígena en la economía neoliberal impulsada por el régimen, siendo la propiedad privada individual un auténtico instrumento de aculturación de estos pueblos indígenas, de pérdida de su identidad”¹⁶¹.

La legislación dictada en Chile sobre pueblos indígenas e inmigración, desde la década de los años 90 y las reformas constitucionales realizadas en el año 2005, han atenuado la legislación dictatorial y los impactos de la Constitución de 1980 sobre los pueblos indígenas.

El cuerpo normativo fundamental en materia indígena es la Ley N° 19.253 de 1993. En el Mensaje del proyecto de Ley Indígena que el Ejecutivo enviaba al Congreso Nacional, se manifestaba que:

“(...) Como lo señalé solemnemente al país en el Mensaje presidencial del pasado 21 de mayo, el Gobierno que presido ha venido estudiando una legislación sobre pueblos indígenas en la cual participaron diversos representante de este sector. En esta etapa hemos ido cumpliendo el imperativo que nos propusimos al iniciar el actual período presidencial en el sentido de establecer una relación diferente con los pueblos indígenas de Chile, en la cual primará el respeto y la responsabilidad, y que se diera cabida a los legítimos derechos que pretenden el casi millón de chilenos que forman los pueblos de la tierra, las raíces de nuestra nación”¹⁶².

La Ley Indígena constituye un avance importante para los pueblos indígenas y su reconocimiento. Los aspectos de la Ley Indígena que se pueden

¹⁶¹ CABEDO, Vicente (2004). *Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina*. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia, p. 266.

¹⁶² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la ley N° 19.253*. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19253&anio=2012> [consulta: 19 marzo 2014].

considerar como un progreso en la materia son relativos a: 1) reconocimiento cultural; 2) protección; 3) incipientes derechos de supervivencia cultural; 4) aplicación mínima del derecho consuetudinario indígena.

En lo relativo al reconocimiento cultural, en la Ley se reconoce a los indígenas (artículo 1°) y se establece el deber del Estado y la sociedad en general, de respetar, proteger y promover el desarrollo de sus culturas, familias y comunidades. Relevante en este punto, es que la Ley Indígena incorpora el criterio de auto identificación. Además, el Estado reconoce a las principales etnias de Chile y valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores.

El Estado en el artículo 9° de la Ley Indígena, reconoce a las comunidades indígenas y en los artículos 10 y 11, regula las modalidades para la formación de ellas, así como el registro público de las mismas.

Siguiendo en este plano, el Estado, en el Título II de la Ley Indígena, reconoce la importancia de la tierra para la identidad del indígena y entiende que son aquellas que las personas o comunidades ocupan actualmente en propiedad o posesión, ya sea provenientes de títulos reconocidos por el Estado desde 1823 hasta la fecha y hacia el futuro, así como aquellas que han ocupado históricamente, siempre que sus derechos se encuentren en el Registro que crea esta Ley.

En el plano de protección de los indígenas, la Ley establece mecanismos para el resguardo de las tierras indígenas y crea un Fondo de Desarrollo Indígena (Título III de la Ley), con el fin de adquirir tierras para indígenas y sus comunidades. Esto es importante, ya que la usurpación de las tierras indígenas, la falta de protección legal y la división de sus comunidades, causaron durante el siglo XIX y XX, un gran daño a los pueblos indígenas. Además, crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, organismo público, que tiene por misión, según el artículo 39°, “promover, coordinar y ejecutar, en su caso, la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar y de impulsar su participación en la vida nacional”.

La Ley Indígena tiene incipientes derechos que tienden a la supervivencia cultural de las comunidades, éstos son principalmente aquellos,

que buscan: “El reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas, el establecimiento de un delito destinado a evitar la discriminación de los indígenas por su origen o cultura, la creación de un sistema educacional bilingüe con el objeto de preparar a los educandos indígenas para desenvolverse en forma adecuada tanto en su sociedad de origen como en la sociedad global, así como un programa de becas para los estudiantes indígenas”¹⁶³.

La Ley Indígena dispone un mínimo reconocimiento al derecho consuetudinario indígena. En el artículo 54 se señala que: “La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad”.

En materia de justicia, se establece además, un procedimiento especial para el trámite de los juicios sobre tierras en que se encuentre vinculado un indígena. Este procedimiento se encuentra regulado de los artículos 55° a 59° de la Ley Indígena.

Para José Aylwin¹⁶⁴, las principales limitaciones de la Ley Indígena, en relación a las tendencias actuales del derecho comparado sobre la materia, son tres. Primero, que no se reconoce a los indígenas como pueblos¹⁶⁵. Ello implica negarles el derecho a la autodeterminación y autogobierno de los pueblos indígenas, que ya ha sido reconocido en los convenios internacionales sobre la materia, y en la mayoría de las legislaciones

¹⁶³ AYLWIN, José (2000). *Pueblos Indígenas de Chile: antecedentes históricos y situación actual*. Disponible en: <<http://www.estudiosindigenas.cl/centro-de-documentacion>> [consulta: 12 abril 2013]. p. 14.

¹⁶⁴ *Ibíd.*, p. 15.

¹⁶⁵ Al respecto Guillaume Boccara e Ingrid Seguel-Boccara, señalan que: “(...) al no reconocer la existencia de <<pueblos indígenas>>, la ley se ubica en una posición bastante conservadora respecto de las normativas internacionales vigentes. (...) Notemos que el hecho de hablar de <<etnia>> y no de <<pueblo>>, no solamente remite a un problema jurídico. Tiene que ver también con las luchas de clasificación que se ubican en la base de la reproducción del orden legítimo y dominante. Así, calificar a los indígenas de <<etnias>> es hacerlos existir en tanto que <<etnias>>, es decir como agrupaciones políticas pre-estatales, pre-modernas. Por lo tanto, es reafirmar de manera sutil que su identidad es pre-nacional”. Cf. BOCCARA, Guillaume y SEGUEL-BOCCARA, Ingrid (1999). “Políticas Indígenas en Chile (siglos XIX y XX). De la asimilación al pluralismo”. *Revista de Indias*, N° 217, pp. 741-774.

comparadas. Resulta relevante precisar que el proyecto de Ley Indígena del Ejecutivo, en su artículo 1º, hablaba de “pueblos”¹⁶⁶ y no de “etnias”, disposición que fue modificada durante su tramitación legislativa.

En segundo lugar, figuran las limitaciones realizadas por el Congreso a las áreas de desarrollo indígena, las que contemplaban mayores grados de autogestión para sus comunidades.

En tercer lugar, constituye limitación la eliminación del proyecto de ley del capítulo referido a los jueces de paz indígenas, “a través del cual se pretendía dar reconocimiento a las formas de resolución de conflictos menores aún subsistentes en las comunidades de modo de dar cabida al derecho propio o consuetudinario indígena”¹⁶⁷.

A las críticas señaladas, Guillaume Boccara e Ingrid Seguel-Boccara¹⁶⁸, plantean cuatro más que considero relevantes. La primera apunta a

¹⁶⁶ Al respecto, durante la tramitación legislativa el entonces Diputado José Antonio Viera-Gallo del Partido Socialista, señalaba que: “(...) Hay dos formas equivocadas de enfrentar el problema de la pluralidad cultural de una nación y de la existencia de pueblos indígenas: Un primer enfoque, es negar la realidad y decir, amparándose en la igualdad formal de la ley, que todos son exactamente lo mismo y, por tanto, con una voluntad de asimilación de la cultura indígena a la cultura dominante, negando la realidad específica, histórica, experiencia, valores, creencias, lengua y cultura de esos pueblos. Esa fue por largo tiempo la política oficial de los gobiernos chilenos en el período pasado. Son numerosas las reiteraciones durante el período del General Pinochet, en las cuales en la práctica se negaba la existencia de los pueblos indígenas y la pluralidad cultural y racial de Chile. Un segundo enfoque equivocado, es reconocer esa realidad distinta, pero hacer de esa distinción una discriminación en la norma, de tal manera de establecer estatutos jurídicos completamente separados, como quién dijera varios Chiles distintos. Y tenemos la expresión máxima de esa segregación o discriminación jurídica en el caso del Apartheid en Sudáfrica, donde la diferencia se hace una norma y se pretende que entre las distintas realidades culturales no exista ninguna forma de contacto ni de comunicación, y al final de cuentas, ni de proyecto común. Por una parte, la asimilación pura y simple a la cultura dominante; y por la otra, la segregación jurídica y política de las comunidades y de los pueblos indígenas son dos enfoques absolutamente equivocados (...) Por eso, comprendo pero lamento que no se haya usado el concepto de “pueblos indígenas” en la nueva legislación. Evidentemente en el Convenio 169 de la OIT que reconoce la existencia de estos pueblos y es el instrumento más avanzado en el derecho internacional sobre la materia, se sostiene con toda claridad que el concepto de “pueblo” allí utilizado no tiene la misma acepción que el concepto de “pueblo” a nivel de derecho internacional. Por tanto no entraña de por sí ningún tipo de amenaza a la unidad nacional. En eso los sectores de la oposición se han equivocado al negarse a utilizar este concepto en la nueva legislación”. En: *Ibid.*, p. 169.

¹⁶⁷ AYLWIN (2000), p. 15.

¹⁶⁸ Cf. BOCCARAY SEGUEL-BOCCARA(1999), pp. 772-773.

que la Ley Indígena, debió reconocer los tratados firmados entre las naciones indígenas y la Corona Española. En segundo lugar, el no reconocimiento del pluralismo jurídico y el mínimo valor que se le da en la aplicación del derecho a la costumbre indígena¹⁶⁹. Como tercer punto, el hecho de que la educación bilingüe es determinada por el Estado de forma unilateral. Y como cuarto aspecto, expresan que el fenómeno de población indígena urbana, no es considerado por la ley.

Una última crítica que me parece importante dice relación con el hecho de que en la Ley Indígena existen contradicciones en la forma en que se regulan instituciones y el entendimiento que tienen de ellas las comunidades indígenas. Un ejemplo de ello sería el caso de la propiedad comunitaria.

Finalmente, durante los últimos años, y por influencia de las organizaciones indígenas, la presión de los organismos internacionales y la evolución del derecho internacional en la materia, la variable indígena ha permeado la actividad legislativa nacional, incorporándose la diversidad cultural en diversas disposiciones legales.

Por ejemplo,

- 1) La Ley N° 19. 947 de 2004, nueva Ley de Matrimonio Civil, señala en su artículo 13° que: “Las personas pertenecientes a una etnia indígena, según el artículo 2° de la ley N° 19. 253, podrán solicitar que la manifestación, la información para el matrimonio y la celebración de éste se efectúen en su lengua materna”;
- 2) La Ley N° 20. 246 de 2008, que crea el espacio costero marítimo de los pueblos originarios, denominada Ley Lafkenche¹⁷⁰, utiliza por primera vez en el ordenamiento jurídico chileno el término de “pueblos originarios” y alude al uso consuetudinario del territorio;
- 3) La Ley N° 20. 370 de 2009, Ley General de Educación, establece en su artículo 4°, inciso 7°, que: “es deber del Estado promover políticas educacionales que reconozcan y fortalezcan las culturas originarias”. Le corresponde al Consejo Nacional de Educación,

¹⁶⁹ Cf. CABEDO (2004), pp. 268-270.

¹⁷⁰ Cf. MEZA-LOPEHANDÍA, Matías (2009). *Territorio y Autonomía de los Pueblos Originarios en Chile. Una mirada desde el ordenamiento jurídico chileno y la urgencia del Reconocimiento*. Santiago, Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pp. 163-167.

- en todas las modalidades de educación escolar, según el artículo 52°, letra b, “aprobar o formular observaciones a las adecuaciones curriculares para poblaciones específicas, incluidas, entre otras, los pueblos originarios y los talentos”. En materia de supervivencia del idioma de los pueblos indígenas, el artículo 28, promueve como objetivo la enseñanza de las lenguas indígenas en los establecimientos que presenten un alto porcentaje de alumnos;
- 4) La Ley N° 24. 417 de 2010, que creó la nueva institucionalidad ambiental, modificó el artículo 4 de la Ley N° 19. 300, sobre Bases del Medio Ambiente, agregando el siguiente párrafo: “Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Además el artículo 11 de la Ley, junto con el artículo 9 del Reglamento de la misma, han venido a conformar lo que se ha denominado como la “variable antropológica”¹⁷¹, que busca incorporar al proceso de evaluación ambiental los derechos de los pueblos indígenas.

Tal como señala Manuel Núñez: “El resto de la normativa legal dictada después de la Ley N° 19. 253 se refiere a asuntos marginales, tales como el uso del espectro radioeléctrico para la radiodifusión comunitaria (Ley núm. 20. 433, D. Oficial de 4 de mayo de 2010, art. 4°), el fomento para la recuperación del bosque nativo por pequeños propietarios forestales (Ley núm. 20. 283, D. Oficial de 30 de julio de 2007), el acceso al mercado de los productos “orgánicos” (Ley núm. 20. 089, D. Oficial de 17 de enero de 2006), la representación de las comunidades indígenas en comités consultivos para la cultura y las artes o la formación de fondos para promover la cultura de esos pueblos (Ley núm. 19. 891, D. Oficial de 23 de agosto de 2003) y la participación indígena en las organizaciones comunitarias (Ley núm. 19. 418, D. Oficial de 9 octubre de 1995)”¹⁷².

¹⁷¹ Cf. YAÑEZ, Nancy (2004). *Investigación Evaluativa de Impacto Ambiental en Territorios Indígenas*. Disponible en: <<http://www.observatorio.cl/contenidos/naveg/navContenido.php?c=2006020103264>> [consulta: 12 de abril 2013].

¹⁷² NÚÑEZ (2010), pp. 43-44.

El reconocimiento constitucional de la diversidad cultural de Chile y por tanto, de los pueblos indígenas, ha sido propuesto por parte del Ejecutivo y de legisladores al Congreso Nacional en múltiples oportunidades¹⁷³. Sin embargo, todas ellas han tenido el mismo resultado: dilación y rechazo por parte de los partidos de la derecha chilena, en particular, de parte de la Unión Demócrata Independiente.

Reformar la Constitución, para incorporar el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, es una de las principales demandas de los movimientos indígenas de Chile¹⁷⁴. Además, dicho punto ha

¹⁷³ Sin ánimo exhaustivo, los proyectos de reforma constitucional más relevantes son: 1) Ingresada por el Presidente de la República, don Patricio Aylwin el 7 de enero de 1991 (Boletín N° 513-07); 2) Presentada por el Diputado Francisco Huenchumilla, de la Democracia Cristiana, en el año 1999; 3) Presentada por el Presidente de la República, don Eduardo Frei Ruiz-Tagle, en el año 1999 y reimpulsada el año 2002 por el Presidente de la República don Ricardo Lagos Escobar; 4) Proyecto de reforma constitucional sobre reconocimiento de los pueblos indígenas, moción presentada por los senadores Andrés Allamand (RN), Carlos Cantero (RN), Alberto Espina (RN), José García (RN) y Sergio Romero (RN), el 6 de septiembre de 2007 y refundida con el mensaje presentado por la ex Presidenta de la República Michelle Bachelet el 23 de noviembre de 2007 (Boletines Legislativos N°s 5324-07 y 5522-07, refundidos), el que se encuentra actualmente en tramitación legislativa (primer trámite constitucional); 5) Proyecto de reforma constitucional sobre “participación y representación política de los pueblos indígenas”, moción presentada por los diputados: Gonzalo Arenas (UDI), Pepe Auth (PPD), FuadChahín (DC), Alfonso de Urresti (PS), Enrique Jaramillo (PPD), Fernando Meza (PRSD), Cristián Monckeberg (RN), Guillermo Tellier (PC), Joaquín Tuma (PPD) y Orlando Vargas (PPD). Proyecto ingresado el 11 de julio de 2012 (Boletín N° 8438-07), el que se encuentra actualmente en tramitación legislativa (primer trámite constitucional).

¹⁷⁴ Ello es reconocido en el mensaje del proyecto de reforma constitucional que fue presentada por la ex Presidenta de la República de Chile, Michelle Bachelet, el que señala: “Los fundamentos de esta propuesta son los siguientes: 1. Demanda de los pueblos indígenas. En el pasado WeTripantu de 2006, o año nuevo indígena, se hizo un llamado a todas las organizaciones, dirigentes, comunidades, mujeres y hombres indígenas de este país para participar de un gran proceso de dialogo en torno a los intereses y propuestas de los Pueblos Originarios de Chile. Este proceso se denominó Debate Nacional de los Pueblos Indígenas, y participaron más de doscientas organizaciones indígenas pertenecientes a los nueve pueblos originarios de Chile. En sus conclusiones, el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas fue uno de los temas exigidos, abarcando desde su inmediata exigencia hasta la necesidad de consensuar una indicación que contenga los elementos centrales requeridos para satisfacer los años de espera. Del estudio de estas propuestas, así como de las discusiones legislativas efectuadas durante estos años, se concluye que el elemento común es la falta de acuerdos en torno a sus alcances, contenidos y texto. Esta ha sido una larga discusión, con encuentros y desencuentros, marcada por las diferentes fórmulas jurídicas que permitieran llegar a un consenso político. Esto no ha sido posible en dieciséis años.” Por ello, llama profundamente la aten-

sido recomendado y observado al Estado chileno por parte de organismos internacionales protectores de los derechos humanos.

El Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas de las Naciones Unidas, en uno de sus informes sobre Chile, en el año 2003, hace un llamado al Congreso de Chile -e incluye entre sus recomendaciones-, aprobar a la brevedad posible la iniciativa de reforma constitucional en materia indígena¹⁷⁵. Ello por cuanto, considera el Relator Especial que toda la problemática indígena:

“(...) se da en un marco legislativo ambiguo y poco conducente, hasta ahora, la protección de las identidades de los pueblos originarios. La Ley Indígena en su redacción actual no contempla adecuadamente los mecanismos de protección de los derechos

ción, que el proyecto de reforma constitucional fuera enviado al Congreso Nacional, sin la debida consulta a las organizaciones indígenas. Ello es una queja de parte de muchas, las que además no se encuentran conformes con el proyecto enviado al Congreso. En ese sentido, en el último informe sobre Chile, del Relator especial de la ONU para los pueblos indígenas, James Anaya, en el año 2009, se puso atención sobre éste punto, diciendo: “En el curso de la visita del Relator Especial, el 7 de abril de 2009, el Senado de la República votó afirmativamente sobre la idea de llevar a cabo una reforma constitucional en materia indígena, sobre la base de una iniciativa legislativa promovida por el Gobierno en acuerdo con una comisión del Senado. El Relator Especial nota que dicha iniciativa podría representar un paso importante hacia el cumplimiento de la recomendación del anterior Relator Especial de “[aprobar] a la brevedad posible la iniciativa de reforma constitucional en materia indígena” (...). En su comunicado de prensa al concluir la visita a Chile el 7 de abril de 2009, el Relator Especial señaló su “preocupación por algunos aspectos de la propuesta, sobre todo la falta de un consenso con las organizaciones y dirigentes del país”. Asimismo, enfatizó que “es crucial asegurar que se lleve a cabo un proceso de consulta sobre la reforma constitucional que se conforme a las normas internacionales aplicables, incluidas aquellas reconocidas en el Convenio N° 169 y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, y que, el resultado de la reforma también sea conforme a estas normas”. Ver informe completo en: CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, NACIONES UNIDAS (2009). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Chile: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*. Disponible en: <<http://daccess-dds-y.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/162/39/PDF/G0916239.pdf?OpenElement>> [consulta: 29 marzo 2013].

¹⁷⁵ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, NACIONES UNIDAS(2003). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2003/56 de la Comisión*. Disponible en: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/170/94/PDF/G0317094.pdf?OpenElement>> [consulta: 29 marzo 2013].

humanos de los pueblos indígenas, y ello también ha conducido a un sentimiento ampliamente expresado por los representantes indígenas entrevistadas por el Relator Especial, que la actual ley no les brinda suficiente protección. Es por ello, y también por otras consideraciones que tienen que ver con la posición de exclusión social, marginación y subordinación que los indígenas ocupan en la sociedad chilena, que estos demandan su reconocimiento constitucional en el Estado.”¹⁷⁶

Asimismo, en las propuestas del Informe final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, se planteaba la necesidad de reformar la Constitución Política de la República, para que se reconociera constitucionalmente la diversidad cultural de Chile. En dicho informe, se manifestaba lo siguiente:

“Perfeccionar la Constitución Política del Estado, introduciendo una regla incorporada en las Bases de la Institucionalidad, que:

–Declare la existencia de los Pueblos Indígenas, que forman parte de la nación chilena, y reconozca que poseen culturas e identidades propias.

–Declare que los Pueblos Indígenas de Chile son descendientes de las sociedades pre-coloniales que se desarrollaron en el territorio sobre el que actualmente el Estado chileno extiende su soberanía, a las que están ligados por una continuidad histórica.

–Establezca el deber del Estado de garantizar la preservación de la diversidad étnico cultural de la nación y, por consiguiente, la preservación y el ejercicio de la cultura y la identidad de los Pueblos Indígenas, con pleno respeto a la autonomía de sus miembros; y que

–En consonancia con dicha declaración, reconozca y garantice el ejercicio de un conjunto de derechos colectivos a favor de los Pueblos Indígenas, de conformidad a las propuestas que en ese sentido se detallan más adelante”¹⁷⁷.

Luego, la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato proponía dar rango constitucional a una serie de derechos colectivos, que son de participación política, culturales, derecho consuetudinario indígena y de protección de tierras y territorios. Esta propuesta, que puede con-

¹⁷⁶ Ibíd., p. 16.

¹⁷⁷ EGAÑA(2008), p. 535.

siderarse como la más completa y ambiciosa elaborada por una Comisión creada por el propio el Estado, no se cristalizó en un proyecto de reforma constitucional concreto que recogiera todos los aspectos de la misma.

Ahora bien, en cuanto a las propuestas que se han discutido en el Congreso Nacional surgen las siguientes preguntas: ¿Qué ópticas han seguido los proyectos de reforma constitucional, para el reconocimiento de la diversidad cultural de Chile? ¿Cuáles han sido los principales argumentos dados en el Congreso Nacional para no reformar la Constitución Política de la República, en el sentido de incorporar el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas?

Las iniciativas que se han presentado hasta ahora, para el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, han seguido dos visiones ideológicas distintas, aunque siempre transitando dentro del liberalismo, desde su versión clásica más arquetípica a una con tímidos rasgos de liberalismo cultural. El punto central y de principal tensión entre estas dos visiones, es si se reconoce el sujeto colectivo de “pueblos indígenas” o el reconocimiento sólo tiene por objeto incorporar a la Constitución la diversidad de origen de los chilenos. En ese sentido, Juan Faúndes señala:

“Los proyectos de reforma y sus respectivas indicaciones, más allá de una u otra redacción pueden sintetizarse en dos tendencias ideológicas: Por una parte, la propuesta de Aylwin de 1991, Huenchumilla de 1999 y del Ejecutivo del mismo año, reimpulsada el año 2002, genéricamente: reconocen la diversidad étnica y cultural de nuestra sociedad, a través de la existencia de “pueblos indígenas” que forman parte de la Nación chilena y habitan su territorio. La segunda tendencia, en general, sostenida a partir de los proyectos e indicaciones del bloque conservador, pretende establecerla en términos tales que se consagre constitucionalmente que la “nación chilena es indivisible” y que el Estado “reconoce la diversidad de origen de los chilenos”, dado que los indígenas “constituyen parte esencial de las raíces de la Nación Chilena”¹⁷⁸.

¹⁷⁸ FAUNDES, Juan (2004). “El Reconocimiento de los pueblos indígenas en Chile: una propuesta de reforma al Estado”. En: *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y Contexto Chileno*. Temuco: Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, p. 302.

A la primera tendencia, se puede sumar, en sus orígenes, el proyecto que presentó la Presidenta Michelle Bachelet en 2007 y que se encuentra actualmente en tramitación. Sin embargo, con las indicaciones que éste ha sufrido, se ha transformado en un proyecto híbrido jurídicamente, ya que por un lado reconoce el sujeto colectivo “pueblos indígenas”, pero al mismo tiempo señala que la “nación chilena es indivisible”¹⁷⁹.

Los argumentos utilizados por el bloque de derecha para no reconocer constitucionalmente a los pueblos indígenas¹⁸⁰, han consistido en señalar lo inoficioso de ello, la preocupación por un posible movimiento separatista indígena¹⁸¹, la necesidad de unidad nacional¹⁸² y lo incon-

¹⁷⁹ El texto de “consenso” que está pendiente de aprobación final en el Congreso Nacional, reformaría el artículo 4 de la Constitución por el siguiente: “La Nación chilena es una, indivisible y multicultural. El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de sus comunidades, organizaciones e integrantes a conservar, fortalecer y desarrollar su identidad, cultura, idiomas, instituciones y tradiciones y a participar en la vida económica, social, política y cultural del país en la forma que establece el orden jurídico nacional. Los pueblos indígenas podrán organizar su vida de acuerdo a sus costumbres, siempre que ello no contravenga la Constitución y las leyes”. Véase: Congreso Nacional, tramitación proyecto de ley, Boletines N°s 5324-07 y 5522-07.

¹⁸⁰ Una exposición clara de la postura de la Derecha, la entrega el Senador Hernán Larraín, de la Unión Demócrata Independiente, durante la tramitación del proyecto de reforma constitucional, que se encuentra vigente. En la votación del proyecto de acuerdo, el día 17 de marzo del 2009. Ver: Congreso Nacional, tramitación proyecto de ley, Boletines N°s 5324-07 y 5522-07.

¹⁸¹ Llama profundamente la atención que la derecha recurra tanto a éste argumento, ya que él no tiene sentido jurídico alguno, salvo de tipo comunicacional, tomando en consideración que para el derecho internacional, es absolutamente claro que los pueblos indígenas no tienen derecho a la secesión, para un caso como el de Chile. Sobre ello, ver el punto 1. 5. del capítulo primero del presente trabajo. Como muy bien señala Faundes: “En definitiva, puede afirmarse que al reconocer constitucionalmente a los pueblos indígenas no se pone en riesgo la integridad territorial ni la soberanía del Estado y tampoco implica dar pie al derecho a la independencia”. Cf. FAUNDES (2004), p. 305.

¹⁸² En el debate de la Comisión del Senado realizado en el marco del proyecto presentado por el ex Presidente Ricardo Lagos, el entonces Senador Julio Canessa Robert quién llegó al Congreso en marzo de 1998 luego que el Consejo de Seguridad Nacional, lo designara como senador institucional, debido a su calidad de ex vicecomandante en jefe del Ejército, sobre la reforma propuesta, “expresó que este tema compromete la unidad nacional. Manifestó que su preocupación está centrada en el progreso, bienestar y desarrollo individual, familiar y colectivo de todos y cada uno de los chilenos, sin distinción de su ascendencia racial, de su clase social o de la religión que profese. La Nación chilena es una realidad social y cultural cuya unidad le parece irrenunciable, la que se ha ido formando a lo largo de 450 años de vida común, en que los elementos precolombinos y

veniente del reconocimiento de derechos colectivos para los pueblos indígenas¹⁸³. Estos argumentos ocultan la preocupación del sector sobre los efectos que el reconocimiento constitucional, sumado a los tratados internacionales sobre la materia, pueden producir en Chile cambios importantes en la propiedad, siendo ello -desde su óptica- nocivo para el normal funcionamiento del mercado y de la economía nacional.

Así, la posición de la derecha chilena, se ancla en los principios y valores establecidos en la Constitución de 1980, usando todos los mecanismos contra mayoritarios que ella franquea, para impedir que una reforma que incorpore un reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas.

Ahora bien, cabe preguntarse: ¿Las reformas constitucionales realizadas a la Constitución de 1980, más la normativa indígena señalada, han logrado cambiar la perspectiva al respecto? Desde su entrada en vigor, el día 11 de marzo de 1981, la Constitución Política de 1980, ha sido objeto de múltiples reformas. En el año 1989, se introdujeron 54

los precedentes de Europa se han fundido en una realidad nueva, cada vez más homogénea y con características propias. Está orgulloso de este proceso de integración que ha acogido a todos en una patria común. Por ello resultaría artificial el empeño en separar a los chilenos según su procedencia étnica, lo que considera una expresión de racismo, causa de un conflicto que puede llegar a convertirse en el fenómeno más importante del siglo XXI: el desgarramiento de la unidad nacional, con las consecuencias internas y externas que cualquiera puede imaginar. Si hay acuerdo en que la Nación chilena es una e indivisible, no divisa necesidad de modificar la Constitución, y respecto a los compatriotas de ancestro indígena, el deber del Senado es tomar decisiones que los favorezcan, integrándolos y no segregándolos, que es lo que se hace al distinguir o clasificar a los chilenos según su origen racial". Cf. PFEFFER, Emilio (2005). *Reformas Constitucionales 2005*. Santiago, Editorial Jurídica, p. 546.

¹⁸³ En el debate de la Comisión del Senado realizado en el marco del proyecto presentado por el ex Presidente Ricardo Lagos, el Senador Hernán Larraín Fernández, representante del Partido Unión Demócrata Independiente, "estimó que la voz "pueblos" tiene hoy una connotación jurídica especial que la vincula a la calidad de "sujeto de derechos" y, por ende, a la consecuente aspiración a la autonomía. Si se la usara en su sentido meramente antropológico, no vería problemas, pero todas las dudas son valederas si se intenta incorporarla en un cuerpo eminentemente jurídico, como es la Carta Fundamental. Tan reales son estas dudas, que la propia OIT en el Convenio N° 169 hizo una expresa salvedad en cuanto a que el término en cuestión no debería entenderse, en el ámbito regulado por esa convención, en el sentido que se le da en el Derecho Internacional. Destacó que esto es especialmente complejo en el caso de la Isla de Pascua, donde el reconocimiento del carácter de pueblo de la etnia rapa nui podría favorecer los reclamos por reforzar su identidad y, eventualmente, su autonomía". Cf. *Ibid.*, pp. 547-548.

enmiendas, con las cuales se selló el pacto entre la Dictadura militar de Augusto Pinochet y la Concertación. Dichas reformas comenzaron a regir el día 11 de marzo 1990.

Dentro de estas reformas, está la del artículo 5° de la Constitución, al que se le incorporó el inciso segundo¹⁸⁴. Francisco Cumplido, Ministro de Justicia del ex Presidente Aylwin y parte del grupo que negoció los cambios constitucionales con la dictadura militar, desde una posición iusnaturalista, sobre el sentido que le dieron al artículo 5° precitado, expone:

“Cuando estudié el problema, tuve presente que tanto en la Constitución de 1925, como en la de 1980, la doctrina incorporada a ellas era la de la existencia de los derechos humanos anteriores al Estado y que, por consiguiente, las Constituciones lo único que hacían era asegurarlos, y se asegura lo que ya existe. Ambas Constituciones, adhiriendo a la preexistencia de los derechos al Estado, los incorporaban a la Constitución para proclamarlos, protegerlos y promoverlos, al mismo tiempo que reglamentarlos en la normalidad y en las situaciones de excepción constitucional, como enseñaba mi maestro el Profesor Gabriel Amunátegui Jordán respecto de la Constitución de 1925.”

La Constitución de 1980 reforzó el carácter de los derechos humanos en el sistema constitucional chileno. En efecto, el inciso segundo del artículo 5°, establece, nada menos, que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Coloca pues sobre la soberanía a tales derechos. Por su parte, el Artículo 1° prescribe que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, afirmación contenida en varias Convenciones sobre derechos humanos. Agrega que el Estado está al servicio de la persona humana. En la historia fidedigna de esta disposición constitucional quedó expresa constancia que la protección constitucional se refiere no sólo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana, como asimismo se

¹⁸⁴ Sobre la discusión doctrinaria que ha originado el inciso segundo del artículo 5 de la Constitución Política, véase: CORVERA, Diego (1999). “Constitución y Tratados sobre Derechos Humanos, el artículo 5° de la C. P. de 1980”. En: *Doctrinas Esenciales. Gaceta Jurídica, Derecho Constitucional*. Santiago: AbeladoPerrot, pp. 1-20. Asimismo, véase: Tribunal Constitucional, *Requerimiento de inconstitucionalidad*, Rol N° 346, 8 de abril de 2002.

reconoció que tales derechos no sólo son los enumerados en el texto de la Constitución, en los capítulos segundo y tercero, sino también los que formen parte del acervo cultural de la humanidad y que son propios de la naturaleza humana (Actas de la Comisión de la Nueva Constitución, sesión 203)¹⁸⁵.

Como se puede apreciar, la reforma en comento, afianza la idea iusnaturalista de la Constitución, de su carácter pre política y que protege derechos que serían supuestamente anteriores al Estado. Debiendo interpretarse el sentido dado a dichos derechos que emanarían de la naturaleza humana, en la forma en que ellos fueron concebidos por los ideólogos de la Constitución, siendo las actas de la Comisión de estudios de la Nueva Constitución su expresión más fidedigna.

Me detengo en este punto, debido que a juicio de algunos autores, con la incorporación del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, sería posible defender los derechos de los pueblos indígenas, ya que éstos en virtud de los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos¹⁸⁶, permitirían incorporar tales derechos a la Constitución¹⁸⁷. Difiero de dicha interpretación, aun cuando me parece del todo bien intencionada, porque los derechos de los pueblos indígenas incorporados en los tratados internacionales, colisionan permanentemente con el modelo político e ideológico creado por la Constitución de 1980, y con la reforma del artículo 5 no se logra superar dicho marco. Ello se debe a que, la reforma es coincidente con ella, y además porque los derechos indígenas consagrados en los tratados sólo podrían desarrollar y ampliar los derechos fundamentales que la propia Constitución establece¹⁸⁸.

Luego, durante los gobiernos de los ex presidentes Aylwin y Frei, se logró modificar el régimen de la administración local y regional, reducir

¹⁸⁵ CUMPLIDO, Francisco (2003). "La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5 de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia". *Revista Iut et Praxis*, N° 1, pp. 365-374.

¹⁸⁶ Sobre la discusión que existe en la doctrina nacional, acerca de la jerarquía de los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos y su incorporación al sistema de fuentes. Cf. Ídem.

¹⁸⁷ En ese sentido véase: MEZA-LOPEHANDÍA (2009), pp. 124-128.

¹⁸⁸ En ese sentido véase: RUIZ-TAGLE, Pablo (2001). "Presentación: Constitucionalidad de los tratados internacionales en Chile". En: *Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional*. Santiago: Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 5-15.

el mandato presidencial de 8 a 6 años y aprobar una reforma al Poder Judicial, para la implementación de la Reforma Procesal Penal.

Sin embargo, pese a las reformas aprobadas, tal como señala Francisco Cumplido, al momento en de asumir el ex Presidente Ricardo Lagos, el año 2000, subsistían los siguientes enclaves autoritarios:

“(...) la existencia de los senadores designados y vitalicios, lo que implicaba que no había una cabal representación política; el sistema electoral binominal, que no es ni mayoritario ni proporcional, sino arbitrario; el poder de seguridad en fuerzas armadas garante de la institucionalidad y limitantes de las facultades del gobierno civil; la integración y atribuciones del Tribunal Constitucional en que participaban poderes burocráticos y se podía llegar al gobierno de los jueces; el procedimiento de reforma de la Constitución, que pese a las anteriores modificaciones de la Carta se ha constituido en un obstáculo para que los gobiernos democráticos introduzcan modificaciones a la Constitución, a menos que los proyectos cuenten con un alto consenso, especialmente en el Senado”¹⁸⁹.

Así en el año 2005, durante el mandato del ex Presidente Ricardo Lagos, se realizó una reforma constitucional mediante la cual se logró remover a los senadores designados y vitalicios; el poder de garante de la seguridad nacional a las Fuerzas Armadas; se reformó la integración, atribuciones y sistema de nombramiento de los ministros del Tribunal Constitucional y parcialmente la composición del Senado.

Dichas reformas, junto a otras que se realizaron ese mismo año y que perfeccionan la democracia, instalaron el debate en el seno de la sociedad y en particular en la doctrina constitucional, si podíamos hablar de una nueva Constitución o no.

En ese sentido el profesor Francisco Zúñiga, propone para abordar el debate realizar una distinción de planos¹⁹⁰. Un plano sería el político-institucional y el otro, el económico-social de la Constitución. En ese sentido:

“En el plano político-institucional la Constitución Política de la República es una “nueva” Carta, ya que con la reforma constitucional de 2005 se cierra en lo formal la transición al purgar de la

¹⁸⁹ CUMPLIDO (2005), p. 2.

¹⁹⁰ ZÚÑIGA (2007), pp. 349-370.

Constitución sus “enclaves autoritarios”, su estatuto iusfundamental transitorio, así como la firma puesta en el texto por el gobernante de la época, la Junta de Gobierno y sus ministros. En cambio en el plano económico-social (derechos civiles, orden público económico, Constitución Económica y Constitución Social) la Constitución vigente es en esencia la “vieja” Carta de 1980, en la que cristalizan, principalmente en su parte dogmática (valores, principios, derechos fundamentales y garantías), los componentes ideológicos (originalmente autoritarios, neoliberales, iusnaturalistas, y lejanamente corporativistas) de una refundación autoritaria del capitalismo”¹⁹¹.

En efecto, la Constitución con las reformas incorporadas el año 2005, sigue siendo la vieja Constitución de 1980, ideada bajo los valores y prismas ideológicos ya señalados, que en lo social-económico, proyecta y moldea un tipo de estado monocultural y neoliberal. Además, viendo el asunto según el prisma que plantea Fernando Atria, la Constitución Política de 1980, pese a sus reformas (incluida la de 2005) sigue siendo la misma, ya que mantiene la neutralización de la agencia política del pueblo¹⁹².

Con ello, en lo que concierne a la apertura del techo ideológico de la Constitución, a la luz de las reformas que ha sufrido, en el plano de la multiculturalidad, en sus líneas gruesas, sigue anclada en los principios y valores construidos por los ideólogos de la Constitución de 1980. Bajo ese enfoque, la legislación de tipo indígena que se ha aprobado desde 1990 en adelante, busca incorporar una perspectiva pluralista cultural, de tipo liberal cultural atenuada, pero sus preceptos entran en colisión constante con una Constitución, que pretende idear una “nación” culturalmente igual, que reconoce derechos individuales e iguales (formalmente), sin derechos colectivos de grupo alguno, donde uno de sus ejes fundamentales para el desarrollo económico social de quienes habitan el territorio es la propiedad privada, la libertad de empresa y la libre circulación de los bienes y la riqueza.

Asimismo, la autodeterminación indígena, choca frontalmente con una Constitución Política ideada para neutralizar la acción del pueblo en su conjunto y, por ende, de los indígenas y de los pueblos indígenas

¹⁹¹ Ibid., p. 351.

¹⁹² ATRIA(2013), p. 44.

como tales (con mayor razón). Esta tensión se ve con claridad en el largo proceso de aprobación del Convenio N° 169 de la OIT y en su implementación en la práctica, todo ello, tomando en consideración que el Tribunal Constitucional, en los dos pronunciamientos que realizó al respecto, con el fin de compatibilizarlo con la Constitución, limitó el entendimiento del mismo en aspectos cruciales¹⁹³.

3.2. En materia inmigratoria

Como Chile no ha sido históricamente un país receptor de migración, ha carecido de una política integral en la materia, reaccionando política y legislativamente a los fenómenos que causan la inmigración, más que a siguiendo algún tipo de política pública y legislativa que aborde el tema de forma general. La tendencia universal, a la hora de elaborar una política migratoria, es armonizar la capacidad institucional del país, la política pública y la necesaria protección de los derechos humanos de los migrantes. Sin embargo Chile, quizás por su condición de expulsor más que de polo de atracción, nunca ha tenido una política clara en esta materia. Más aún, documentos históricos hablan de consideraciones que podrían tildarse de racistas y que tenían como fin dotar al país de una “estructura cultural superior”.

En cuanto a la realidad actual de los inmigrantes en Chile, Macarena Machin, identificó que éstos son objeto de segregaciones de tipo laboral y espacial, de discriminaciones por su origen y sexo, precariedad laboral y de un desigual acceso a los servicios básicos¹⁹⁴. Además, hace una síntesis de diversos estudios sociológicos realizados en Chile relativos a la percepción de los chilenos hacia los inmigrantes, que en términos generales, es de rechazo¹⁹⁵.

¹⁹³ Al respecto, véase: MEZA-LOPEHANDÍA, Matías (2010). *El Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes en el sistema normativo chileno*. Disponible en: <<http://observatorio.cl.pampa.avnam.net/plibro/ficha/205>> [consulta: 13 marzo 2014].

¹⁹⁴ Cf. MACHIN (2011), pp. 42-46.

¹⁹⁵ Sobre la discriminación y falta de reconocimiento que viven a diario los inmigrantes (principalmente de origen andino) en Chile, véase: POLLONI, Leonardo y MATUS, Christian (2011). *Somos Migrantes. Experiencias de integración a la ciudad de Santiago*. Santiago: Fundación Ideas, pp. 79-85.

En el ámbito normativo¹⁹⁶, y en primer lugar el constitucional, la Constitución de 1980, en su artículo 1° preceptúa que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que establece.

¿Qué entiende la Constitución por comunidad nacional? Al respecto, Macarena Machin, señala que: “Comunidad nacional hace referencia a los miembros que conforman una Nación, ahora bien, este concepto tiene dos acepciones inseparables: la primera, en el ámbito del derecho político, hace referencia a la nación como el conjunto de sujetos políticos en quienes reside la soberanía constituyente de un Estado; la segunda acepción, es la que hace referencia a la nación cultural, concepto social e ideológico que define a una comunidad humana con ciertas características culturales comunes”¹⁹⁷. Para ella, la Constitución tiene una concepción de comunidad nacional monocultural¹⁹⁸.

No obstante ello, en la Constitución de 1980, se hizo una incorporación importante en materia de derechos para los inmigrantes: el reconocimiento al derecho de sufragio activo¹⁹⁹ a los extranje-

¹⁹⁶ Para una completa recopilación y análisis de la normativa al respecto, véase: DONAIRE, Patricia (2013). “Efectos de la ratificación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y Acuerdos Regionales en la legislación migratoria chilena”. En: *Geografías de la espera*. Santiago, Uqbar editores, pp. 31-62.

¹⁹⁷ Cf. MACHIN (2011), p. 48.

¹⁹⁸ Anota, que es esta última acepción la que ha sido cuestionada por diversos países latinoamericanos (Bolivia, Ecuador y México, entre otros) cuya composición nacional se caracteriza por la pluralidad de culturas. El resultado de estas reivindicaciones es la elaboración de constituciones donde se reconoce explícitamente su composición como nación plurinacional, pluricultural o pluriétnica (Ídem).

¹⁹⁹ Pablo Santolaya, señala que el derecho a sufragio es una excepción a la universalización de los derechos humanos. Afirma que: “no existe ningún país en el mundo que reconozca incondicionalmente el derecho de sufragio activo y pasivo en todo tipo de elecciones a todos los extranjeros que se encuentren en su territorio. El punto más avanzado se encuentra en estos momentos, por una parte en Irlanda y Gran Bretaña, que proclaman tanto en su vertiente de sufragio activo como pasivo en todas las elecciones, pero exclusivamente para determinados tipo de extranjeros, por ejemplo, en el caso británico, los procedentes de Irlanda y de la Commonwealth, que constituyen lo que podríamos denominar su comunidad histórica, y, por otra parte Chile y Uruguay que lo hacen de todos los extranjeros y en todos sus procesos electorales, pero exclusivamente

ros²⁰⁰ que se avecinan en Chile por más de 5 años, tal como se contemplan el artículo 14 del texto original de la Carta Fundamental²⁰¹.

De igual forma, en este punto, resulta bastante relevante la modificación constitucional realizada en 1989 al artículo 5 de la Constitución, ya analizada en el punto 2. 3. 3. del presente capítulo. Ello es importante, debido a que los derechos humanos, son inherentes a todos, sin distinción de su origen nacional, por lo que los Estados deben respetarlos, sin hacer distinciones de origen.

en la vertiente de poder elegir, no de ser elegidos, y ligado, como en el caso de Uruguay, a periodos muy largos de residencia (...). Cf. SANTOLOYA, Pablo (2008). “El Derecho de sufragio de los extranjeros”. *Revista de Estudios Europeos*, N° 50, pp. 25-34.

²⁰⁰ Sobre el derecho de voto de los extranjeros, desde una perspectiva comparada, consultar: HERVÉ, Andrés (2008). “El derecho de voto de los extranjeros en el ámbito universal”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, N° 18, pp. 9-44.

²⁰¹ La Constitución de 1980, en el artículo 14, en su texto original, estableció el derecho a sufragio para los extranjeros de la siguiente forma: “Artículo 14. - Los extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años, y que cumplan con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 13, podrán ejercer el derecho de sufragio en los casos y formas que determine la ley”. Ello constituyó una innovación, en relación a lo que contemplaba la Constitución Política de 1925, ya que ésta, restringía el derecho a sufragio sólo a los ciudadanos chilenos. Al respecto el artículo 7 señalaba: “Art. 7. - Son ciudadanos con derecho a sufragio los chilenos que hayan cumplido 18 años de edad y estén inscritos en los registros electorales”. En la Sesión N° 72 de la Comisión Ortúzar, celebrada el 23 de septiembre de 1978, Jaime Guzmán entrega su fundamentación para esta innovación constitucional, y como se podrá ver, tiene relación con la búsqueda de conceder derecho a voto a aquellos extranjeros “ilustres” y “destacados”, principalmente europeos, que llevan mucho tiempo en el país y que no están dispuestos a renunciar a su ciudadanía de origen para adquirir la chilena. Al respecto en las actas de la Comisión Ortúzar se señaló lo siguiente: “(...) el señor GUZMAN manifiesta que correspondería consagrar la excepción y propone que se consigne que, con todo, los extranjeros tendrán derecho a sufragio en determinadas condiciones. Le parece que, desde el punto de vista doctrinario, indiscutiblemente se complica este aspecto, porque no hay duda que, si la ciudadanía es una calidad que tienen determinados nacionales y de ella emanan determinados derechos de los cuales todavía se substraerá a ciertos ciudadanos, todo el tema sigue una línea cada vez más restrictiva hasta llegar al derecho de sufragio, del cual estarán privados algunos nacionales e, incluso, algunos ciudadanos. O sea, desde el punto de vista de la doctrina, rompe la armonía tradicional; pero, desde un punto de vista práctico, le parece que el hecho de que determinados extranjeros con hondo arraigo en la vida del país por su larga permanencia en él puedan votar, es un hecho positivo para la vida cívica. En ese sentido —agrega— entre un doctrinarismo puro y las ventajas prácticas para la vida cívica, prefiere otorgar el derecho a voto a los extranjeros en determinadas condiciones”. En: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley. Constitución Política de la República de Chile de 1980, Artículo 14*. Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302&eh=True>> [consulta: 19 marzo 2013].

Completando el cuadro constitucional, hay que mencionar que el año 2005, se aprobó un nuevo inciso segundo de artículo 14 de la Constitución, mediante el cual, se permite que los extranjeros que hubieren obtenido una carta de nacionalización, puedan optar a cargos públicos de elección popular, después de cinco años de estar en posesión de su nacionalización.

En el plano de la normativa internacional, desde el año 1990, Chile ha tenido un proceso ascendente en la aprobación de Convenios Internacionales que abordan materias de inmigración. Aunque quedan muchos convenios y tratados relevantes que no han sido aprobados por Chile, uno de los hitos más importantes en esta materia, viene dado por la aprobación por parte del Estado de Chile del Convenio para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de las Naciones Unidas, en el año 2005. En el marco de este Convenio, Chile fue objeto de observaciones, realizadas por el Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de las Naciones Unidas, en el año 2011.

Junto a lo anterior, se deben tener en cuenta, los acuerdos de libre comercio firmados por Chile, los que han incorporado cláusulas tendientes a disminuir las barreras que impiden la movilidad entre países con intereses comunes. Así, en los tratados suscritos con: Canadá, México, Centroamérica, Corea y la Unión Europea, se contemplan capítulos que regulan la entrada de profesionales y capitales, permitiendo de paso incrementar mutuamente niveles de productividad, así como la creación de empleos, a través de la llegada de inversionistas. Igualmente, los acuerdos y los procesos de integración regional, han tratado aspectos migratorios, generando espacios comunes para los nacionales del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), la Comunidad Andina de Naciones y la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR).

En lo que se refiere a la regulación de rango legal, paradójicamente y a diferencia de lo que se ha expuesto en relación a los pueblos indígenas, la primera regulación importante en materia de inmigración, fue dictada por la Dictadura Militar y es el Decreto Ley N° 1.094 de 1975, conocido como Ley de Extranjería, al que se le han introducido numerosas modificaciones con el objeto de hacer la norma coherente con los Derechos Humanos y los fenómenos globalizadores y de integración mundial actual.

En ese sentido, la Ley N° 19.476 de octubre de 1996 modificó la Ley de Extranjería en materia de asilo y refugio, reconociendo el principio de no devolución de quienes encontrándose en Chile hayan solicitado dicha condición. Del mismo modo, despenaliza el ingreso irregular al territorio nacional de extranjeros que soliciten refugio o asilo, entre otras garantías.

En 1998, se aprueba y publica la Ley N° 19.581, que crea la categoría de ingreso de habitante de zona fronteriza, con lo que quienes se encuentren en esta situación pueden obtener una “Tarjeta vecinal fronteriza” mediante la cual se les otorga la facilidad de ingresar y egresar de Chile sólo con su presentación a las autoridades fronterizas.

Además, se debe tener en consideración para el análisis, la aprobación reciente²⁰² de la Ley Antidiscriminación (Boletín N° 3815-07), que señala en su artículo 1, inciso primero, que la ley tiene por objetivo fundamental “instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria”. Asimismo, la ley establece en su artículo 1, inciso segundo, que: “Corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

El artículo 2 de la Ley en comento, define como discriminación arbitraria “toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones

²⁰² La Ley Antidiscriminación, fue aprobada en una dividida votación en el Senado el día 9 de mayo del año 2012. El Proyecto de Ley, fue presentado por el ex Presidente don Ricardo Lagos Escobar, el 14 de marzo del año 2005.

gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”.

Así, con la nueva Ley Antidiscriminación, los extranjeros podrán ejercer la acción de no discriminación arbitraria, establecida en los artículos 3° y siguientes, cada vez que sean objeto de una discriminación arbitraria y, en consecuencia, solicitar en conformidad al artículo 12, que se deje sin efecto el acto discriminatorio y que el Juez decrete las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

La actual normativa migratoria, ha sido objeto de críticas, principalmente por su marcado acento en la seguridad nacional, la excesiva participación policial y arbitrariedad de las autoridades nacionales²⁰³, las carencias de su sistema institucional y su incapacidad para tender a la inclusión de los migrantes a la sociedad chilena²⁰⁴.

Con el fin de corregir la deficiente normativa migratoria expuesta, el 4 de junio de 2013, el Gobierno del Presidente Sebastián Piñera, ingresó al Congreso Nacional un Proyecto de Ley de Migración y Extranjería. La modificación legal de la actual normativa en materia migratoria era una demanda sostenida desde hace años por organizaciones de migrantes y organismos no gubernamentales que trabajan en el área. El proyecto de ley presentado, toma en consideración la realidad migratoria por la que atraviesa Chile y según reza el Mensaje su meta final es: “aprovechar las potenciales ventajas de la migración internacional en beneficio del país. En la línea de países como Canadá, Estados Unidos, Australia y Nueva Zelanda, que han forjado buena parte de su desarrollo en base al aporte de la población foránea, se concibe la ley

²⁰³ Cf. MOLLER, Franz, CAUCOTO, Nelson y GODOY, Rodrigo (2013). “Oficina especializada de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial: Solicitud al Pleno de la Corte Suprema por grave situación que afecta a los extranjeros en Chile”. En: *Un Chile abierto: propuestas para una nueva ley de migración*, N° 2. Santiago: Centro de Democracia y Comunidad, pp. 62-87.

²⁰⁴ Cf. TORREALBA, Nicolás (2013). “Mínimos regulatorias para una nueva y mejorada ley de extranjería”. En: *Un Chile abierto: propuestas para una nueva ley de migración*, N° 2. Santiago: Centro de Democracia y Comunidad, pp. 9-16. Asimismo, véase: DONAIRE, Patricia y CUBIDES, José (2013). “Consideraciones y problemáticas que debiera regular una nueva ley de extranjería”. En: *Un Chile abierto: propuestas para una nueva ley de migración*, N° 2. Santiago, Centro de Democracia y Comunidad, pp. 88-105.

como una herramienta capaz de atraer talento y fuerza laboral en sectores y lugares determinados”²⁰⁵.

Sin embargo, esta iniciativa es criticable ya que no otorga la adecuada protección de los derechos humanos de los inmigrantes, al omitir obligaciones internacionales del Estado y desconocer los instrumentos internacionales de integración regional que ha suscrito Chile²⁰⁶. Asimismo, no toma en consideración la capacidad estatal para autorizar la residencia de extranjeros en el país, mantiene el amplio margen de discrecionalidad del Ejecutivo en la expulsión de extranjeros e “intenta importar mecanismos vigentes en Estados con otras dinámicas migratorias y cuerpos consulares muy diferentes”²⁰⁷.

Conclusiones

La actual Constitución Política de la República, pese a las múltiples reformas que ha experimentado, tiene límites ideológicos que le impiden acoger la diversidad cultural. En materia indígena, no posee norma alguna que recoja los derechos de los indígenas y de sus pueblos. En materia inmigratoria, su normativa, es deficiente al incorporar una perspectiva del fenómeno multicultural en su inspiración.

Lo anterior, no puede ser considerado una virtud, sino todo lo contrario. Con el presente trabajo, he pretendido demostrar que en el plano teórico, existe una especie de consenso sobre la importancia normativa del reconocimiento de la diversidad cultural entre las principales corrientes

²⁰⁵ El proyecto señala que la actual normativa tiene una serie de insuficiencias, tales como: 1) carencia de principios orientadores, derechos y deberes; 2) Sus categorías migratorias son insuficientes; 3) Institucionalidad débil; 4) Ausencia de mecanismos institucionales para la generación de política; 5) Omisión de toda referencia a los chilenos que viven en el exterior; 6) Dificultad para la expulsión; 7) Dificultad para la revalidación de títulos universitarios; 8) Limitación a la contratación de trabajadores extranjeros; 9) Dificultad para el tránsito vecinal fronterizo. Véase: Mensaje de S. E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley de migración y extranjería, N° Boletín 8970-06, disponible en: http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9377&prmBL=8970-06. Para un análisis crítico del proyecto de ley, véase: OLEA, Helena (2013). “Derechos Humanos de los migrantes y refugiados. Análisis del proyecto de ley de migración y extranjería”. En: *Informe anual sobre los Derechos Humanos en Chile 2013*. Santiago: Universidad Diego Portales, pp. 123-162.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 159.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 127.

teóricas vigentes (liberalismo, comunitarismo e interculturalismo). Así, nuestra Constitución Política y la institucionalidad, se encontrarían al margen de ello y anclada en posturas ya superadas. De igual forma, nuestra Constitución se encuentra alejada de la tendencia moderna en materia constitucional latinoamericana y en una tensión importante con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la materia.

Dicho lo anterior, considero que el reconocimiento constitucional de la diversidad cultural en Chile, debería realizarse contemplando dos objetivos, que son complementarios y de igual importancia. Éstos serían: 1) proceso amplio de diálogo y consulta; 2) reforma sustantiva en materia de multiculturalidad.

El primero de ellos, dice relación con el proceso de reforma de la Constitución, para el reconocimiento de la diversidad cultural. Dicho proceso, debería efectuarse dentro de un amplio diálogo y consulta con los pueblos indígenas y otras minorías culturales. Para el desarrollo de este proceso, deberían ocuparse los parámetros para la consulta señalados en el Convenio N° 169 de la OIT.

Para asegurar una “efectiva participación” de los pueblos indígenas y minorías culturales, el Estado tiene el deber de consultar activamente con ellos según sus costumbres y tradiciones, aceptar y brindar información, así como promover la comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados, y deben tener como fin llegar a un acuerdo.

Junto a lo anterior, éste es uno de los temas a los que suele llamarse como de “Estado”, es decir, que requiere la participación y consenso del amplio espectro político, o al menos de las grandes mayorías. Por ello, es fundamental que la derecha chilena pueda ampliar sus horizontes en el debate y revisar los planteamientos que desde su propia filosofía política (el liberalismo) hacen autores como Kymlicka.

Como segundo aspecto a considerar, la reforma a la Constitución que contemple un reconocimiento de la multiculturalidad, debe ser sustantiva e ir acompañada de un cambio en la práctica institucional y social. Si ello no ocurre, se corre el riesgo de que se transforme en una reforma simbólica y que su discurso se disocie de la realidad²⁰⁸.

²⁰⁸ Al respecto, véase: AYLWIN, José (2013). “Igualdad, inclusión y pueblos indígenas:

Por reforma sustantiva a la Constitución en esta materia, entiendo aquella que busque el reconocimiento constitucional de la diversidad cultural de Chile y contemple medidas concretas de reparación en el plano de reconstrucción de la comunidad indígena en torno a sus tierras ancestrales.

Para lo anterior, la reforma a la Constitución, en primer lugar, debiera considerar, dentro de las bases de la institucionalidad, el reconocimiento de Chile como un país multicultural, compuesto por múltiples culturas y naciones, dentro de las cuales están los pueblos indígenas ancestrales.

En segundo lugar, debiera establecer el deber del Estado de preservar y garantizar la diversidad étnica cultural del país, es decir, reconocer el derecho a la “supervivencia cultural”. En este punto, se incluyen: 1) los derechos de educación y respeto a la diversidad cultural; 2) el reconocimiento constitucional de oficialidad de los idiomas y lenguas de los pueblos indígenas; 3) reconocimiento y protección de las prácticas culturales y económicas de los pueblos indígenas y otras minorías culturales.

En tercer lugar, debería consagrar derechos de grupo o colectivos, que dicen relación a derechos de representación política de los grupos culturales en los espacios de elección popular y las instituciones públicas. Con ello, se pretende que el Estado en su conjunto tenga representación de la diversidad cultural en las instituciones que lo conforman, para que las políticas que elaboren no sean heterónomas para los grupos culturales y contemplen su visión de las cosas.

En cuarto lugar, debiera consagrar derechos colectivos en lo que respecta a la propiedad indígena y la especial relación de ellos para con la tierra y el medio natural. En este punto, como parte del desarrollo legislativo, se debe establecer la propiedad de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales que se encuentran dentro de sus áreas de desarrollo y, por ende, dictar legislación especial de protección de los mismos.

En quinto lugar, debiera establecer un mecanismo constitucional especial de expropiación de tierras que se encuentran en propiedad de

entre el discurso y la política pública”. En: *Igualdad, inclusión y derecho*, Santiago: Lom Ediciones, pp. 129-151.

particulares y que serían parte de las tierras ancestrales de las comunidades indígenas a restituir.

En sexto lugar, debiera contemplar el reconocimiento del pluralismo jurídico en la Constitución, entendiéndolo en un sentido amplio, es decir, en cuanto a la facultad para crear norma jurídica y adjudicarla, estableciendo como límite los derechos establecidos en la Constitución y la protección de los derechos humanos.

Como sexto y último punto, la reforma debiera asegurar el efectivo y real goce de los derechos fundamentales a la totalidad de los habitantes de la República, ya sean éstos chilenos, indígenas o extranjeros avecindados en nuestro país.

Finalmente, es importante considerar, que una reforma Constitucional de la índole reseñada, manteniendo dentro de la Constitución, el principio de subsidiariedad, el “orden público económico” y la “neutralización” de la agencia del pueblo, podría resultar inoficioso y de muy difícil compatibilidad. Por ello, necesariamente, una reforma de este tipo, pasa por una apertura completa del techo ideológico de la Constitución, a través de operación constituyente (Asamblea Constituyente) que dentro de sus tópicos contemple el reconocimiento de la multiculturalidad y establezca una nueva Constitución Política en Chile.

Bibliografía

- AGUILAR, Gonzalo, LAFOSSE, Sandra, ROJAS, Hugo y STEWARD, Rébecca (2010). “The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America”. *Pace International Law Review Online Companion*, N° 2, pp. 44-104.
- AHUMADA, Marian (2008). “Derecho Indígena y Constitucionalismo Democrático: una mirada crítica”. En: *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 233-239.
- ÁLVAREZ, Silvina (2014). “Los derechos humanos como valores plurales. Multiculturalismo, cosmopolitismo y conflictos”. En: *Entre Estado y Cosmópolis*, Madrid: Editorial Trotta, pp. 179-212.

- ATRIA, Fernando (2013). *La Constitución tramposa*. Santiago:Lom Ediciones, 164 pp.
- AYLWIN, José (2000). *Pueblos Indígenas de Chile: antecedentes históricos y situación actual*. Disponible en: <<http://www.estudiosindigenas.cl/centro-de-documentacion>> [consulta: 12 abril 2014].
- AYLWIN, José (2013). “Igualdad, inclusión y pueblos indígenas: entre el discurso y la política pública”. En: *Igualdad, inclusión y derecho*, Santiago:Lom Ediciones, pp. 129-151.
- BARRY, Brian (2001). *Culture and equality: anegalitarian critique of multiculturalism*. Cambridge: Harvard UniversityPress, 416 pp.
- BASSA, Jaime (2008). *El Estado Constitucional de Derecho*. Santiago:LexisNexis, 220 pp.
- BENGOA, José (2007). *La emergencia indígena en América Latina*. Santiago: Fondo de cultura económica, 343 pp.
- BOCCARA, Guillaume y SEGUEL-BOCCARA, Ingrid (1999). “Políticas Indígenas en Chile (siglos XIX y XX). De la asimilación al pluralismo”. *Revista de Indias*, N° 217, pp. 741-774.
- CABEDO, Vicente (2004). *Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina*. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia, 315 pp.
- CARBONELL, Miguel (2004). “Constitucionalismo y Multiculturalismo”. *Derecho y cultura*, Año 10, N°13, pp. 21-80.
- CLAVERO, Bartolomé (2006). “Derechos Indígenas y Constituciones Latinoamericanas”. En: *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, pp. 313-338.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009). *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 56/09, pp. 9-13.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, NACIONES UNIDAS(2009). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Chile: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*. Disponible en: <<http://daccess-dds-y.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/162/39/PDF/G0916239.pdf?OpenElement>> [consulta: 29 marzo 2013].
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, NACIONES UNIDAS(2003). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos*

- y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2003/56 de la Comisión.* Disponible en: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/170/94/PDF/G0317094.pdf?OpenElement>> [consulta: 29 marzo 2013]. CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo (2008). *La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano*. Santiago: Lom Ediciones, 433 pp.
- CORVERA, Diego (1999). “Constitución y Tratados sobre Derechos Humanos, el artículo 5° de la C. P. de 1980”. En: *Doctrinas Esenciales. Gaceta Jurídica, Derecho Constitucional*. Santiago: AbeladoPerrot, pp. 1-20.
- CRISTI, Renato (2011). *El pensamiento político de Jaime Guzmán*. Santiago: Lom Ediciones, 2ª ed., 300 pp.
- CRUZ, Edwin (2014). “Multiculturalismo, interculturalismo y autonomía”. *Estudios Sociales*, N° 43, pp. 243-269.
- CUMPLIDO, Francisco (2003). “La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5 de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia”. *Revista Iut et Praxis*, N° 1, pp. 365-374.
- DONAIRE, Patricia (2013). “Efectos de la ratificación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y Acuerdos Regionales en la legislación migratoria chilena”. En: *Geografías de la espera*. Santiago: Uqbar editores, pp. 31-62.
- DONAIRE, Patricia y CUBIDES, José (2013). “Consideraciones y problemáticas que debiera regular una nueva ley de extranjería”. En: *Un Chile abierto: propuestas para una nueva ley de migración*, N° 2. Santiago: Centro de Democracia y Comunidad, pp. 88-105.
- EGAÑA, Rodrigo (ed.) (2008). *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas*. Santiago: Comisionado presidencial para Asuntos Indígenas, 684 pp.
- ETCHEVERRÍA, Xabier (2006). “La tradición de los derechos humanos y los pueblos indígenas: una interpelación mutua”. En: *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: España, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, pp. 63-83.
- FAUNDES, Juan (2004). “El Reconocimiento de los pueblos indígenas en Chile: una propuesta de reforma al Estado”. En: *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y Contexto Chileno*. Temuco: Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, pp. 299-314.

- FRASER, Nancy (2006). “La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación”. En: *¿Redistribución o reconocimiento?* Madrid: Morata, pp. 17-88.
- GAJARDO FALCÓN, Jaime (2014). “Derechos de los grupos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. En: *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Madrid: Marcial Pons, pp. 145-171.
- GAMMAGE, Sarah y HELMREICH, Anne (2013). “Migración y mercados laborales en Chile: un trabajo decente para todos”. En: *Un Chile abierto: propuestas para una nueva Ley de Migración*, N° 2. Santiago: Centro Democracia y Comunidad, pp. 38-61.
- GARGARELLA, Roberto (2013). *Latin American Constitutionalism 1810-2010*. Oxford: Oxford University Press, 283 pp.
- GARGARELLA, Roberto (2014). “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y Derechos Indígenas”. En: *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Madrid: Marcial Pons, pp. 129-143.
- GUTMANN, Amy (2008). *La identidad en democracia* [Identity in democracy]. OTERO, Estela (Trad.), Buenos Aires: Katz, 308 pp.
- HERVÉ, Andrés (2008). “El derecho de voto de los extranjeros en el ámbito universal”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, N° 18, pp. 9-44.
- HONNETH, Axel (2006). “Redistribución como reconocimiento: Respuesta a Nancy Fraser”. En: *¿Redistribución o reconocimiento?* Madrid: Morata, pp. 89-148.
- KYMLICKA, Will (1995). *Multicultural Citizenship*. Oxford: Oxford University Press, 280 pp.
- KYMLICKA, Will (2003). *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Barcelona: Paidós, 452 pp.
- MACHIN, Macarena (2011). *Los derechos humanos y la migración en Chile*. Disponible en: <http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/resumen_ejecutivo_informe_migrantes_noviembre_2011.pdf> [consulta: 20 abril 2014].
- MEZA-LOPEHANDÍA, Matías (2010). *El Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes en el sistema normativo chileno*. Disponible en: <<http://observatorio.cl/pampa.avnam.net/plibro/ficha/205>> [consulta: 13 marzo 2014].

- MEZA-LOPEHANDÍA, Matías (2009). *Territorio y Autonomía de los Pueblos Originarios en Chile. Una mirada desde el ordenamiento jurídico chileno y la urgencia del Reconocimiento*. Santiago: Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 184 pp.
- MOLLER, Franz, CAUCOTO, Nelson y GODOY, Rodrigo (2013). “Oficina especializada de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial: Solicitud al Pleno de la Corte Suprema por grave situación que afecta a los extranjeros en Chile”. En: *Un Chile abierto: propuestas para una nueva ley de migración*, N° 2. Santiago, Centro de Democracia y Comunidad, pp. 62-87.
- NOGUEIRA, Humberto (2009). “La evolución político-constitucional de Chile 1976-2005”. En: *La evolución político-constitucional de América del Sur 1976-2005*, Santiago: Librotecnia, pp. 338-398.
- NÚÑEZ, Manuel (2010). “Invitación al estudio del Derecho y los derechos de los pueblos indígenas en el Chile republicano”. En: *Normativa nacional e internacional sobre pueblos indígenas*. Santiago: Librotecnia, pp. 13-47.
- OLEA, Helena (2013). “Derechos Humanos de los migrantes y refugiados. Análisis del proyecto de ley de migración y extranjería”. En: *Informe anual sobre los Derechos Humanos en Chile 2013*. Santiago: Universidad Diego Portales, pp. 123-162.
- PAREKH, Bhikhu (2005). *Repensando el multiculturalismo*. Madrid: Istmo, 521 pp.
- PFEFFER, Emilio (2005). *Reformas Constitucionales 2005*. Santiago: Editorial Jurídica, 668 pp.
- POLLONI, Leonardo y MATUS, Christian (2011). *Somos Migrantes. Experiencias de integración a la ciudad de Santiago*. Santiago: Fundación Ideas, 107 pp.
- RODRIGUEZ ABASCAL, Luis (2002). “El debate sobre los derechos de grupo”. En: *Estado, Justicia y Derechos*, Madrid: Alianza Editorial, pp. 409-434.
- RUIZ-TAGLE, Pablo (2009). “Un proyecto constitucional para la generación del bicentenario: Igualdad y derechos sociales y económicos en Chile”. *Derecho y Humanidades*, N° 15, pp. 17 - 35.
- SANTOLOYA, Pablo (2008). “El Derecho de sufragio de los extranjeros”. *Revista de Estudios Europeos*, N° 50, pp. 25-34.

- TAYLOR, Charles (2009). *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*. México: Fondo de cultura económica, 2ª ed., 246 pp.
- TORBISCO, Neus (2014). “Derechos indígenas: reconocimiento y desafíos para la democracia constitucional y para los derechos humanos”. En: *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Madrid: Marcial Pons, pp. 81-127.
- TORBISCO, Neus (2006). *Group Rights as Human Rights. A Liberal Approach to Multiculturalism*. Barcelona: Springer, 263 pp.
- TORREALBA, Nicolás (2013). “Mínimos regulatorias para una nueva y mejorada ley de extranjería”. En: *Un Chile abierto: propuestas para una nueva ley de migración*, N° 2. Santiago: Centro de Democracia y Comunidad, pp. 9-16.
- VIOLA, Francesco (2003). “Constitución y multiculturalismo”. *Ragionpractica*, N° 11, pp. 33-71.
- YRIGOYEN, Raquel (2011). “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”. En: *El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo xxi*, Buenos Aires: Siglo xxi, p. 140.
- ZÚÑIGA, Francisco (2012). “Nueva Constitución y Constitucionalismo en el Bicentenario”. *Revista de Derecho Público*, N° 76, pp. 125-145.
- ZÚÑIGA, Francisco (2007). “Vieja-Nueva Constitución”. *Estudios Constitucionales*, N° 1, pp. 349-370.

ESTADO, MERCADO Y NUEVA CONSTITUCIÓN: CUATRO MODELOS DEL ROL DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

Francisco QUIERO AGUIRRE*

Resumen

Por primera vez en la historia contemporánea de nuestro país se ha iniciado el debate sobre una Nueva Constitución elaborada con participación de la sociedad civil. Si bien no existe acuerdo aún respecto al método por el que se refrendará y los elementos fundamentales que se integrarán en ella, esto no descarta la necesidad de discutir sobre el contenido de nuestra futura Carta Magna. Así, se abre una oportunidad para discutir sobre el rol que cumplirá el Estado en la economía.

En este proceso surgen dos posiciones: quienes están a favor del *statu quo*, y quienes están a favor de reformas estructurales. De este debate inicial entre *statu quo* y reforma estructural surgen cuatro posibles alternativas basadas sobre rol que deberá cumplir el Estado en la economía, y cómo definiremos a la economía en sí misma. El rol que puede cumplir el Estado puede ser redistributivo por focalización de recursos (subsidiario) o de justicia distributiva (equitativo o de justicia social), y la economía se puede definir en base a los grados de libertad (capacidad que poseen los agentes económicos y la sociedad civil de hacerse cargo de la producción) que ésta posea: amplia o restringida.

La discusión sobre el rol del Estado en la economía es tanto normativa como positiva, es decir, posee tanto un componente ideológico como científico. El tránsito hacia un modelo con una economía libre pero con un Estado partícipe en la economía no tiene sólo un imperativo

* Magíster © en Estudios Internacionales, Universidad de Santiago; Analista en Políticas y Asuntos Internacionales y Bachiller en Ciencias Sociales, Universidad de Santiago. Actualmente se desempeña como Coordinador de Investigación del Área legislativa del Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz. Correo: francisco.quiero@ical.cl

axiológico, sino que además la evidencia revela que el Estado subsidiario -modelo actualmente aplicado en Chile- es un modelo condenado a fracasar. El paso de un Estado subsidiario a un Estado del nuevo trato no es sólo deseable, sino que sumamente necesario.

Introducción

Desde el nacimiento de nuestra República, las Constituciones Políticas han sido elaboradas sin la participación de la sociedad civil en el proceso constituyente²⁰⁹, y reflejando la voluntad de los grupos dominantes sobre los dominados (Salazar, 2009). Esta forma de elaborar las reglas ha sido una constante histórica, sin que por ello se mantenga en el tiempo. Las Constituciones son útiles porque reflejan las reglas que una sociedad se asigna voluntariamente para regular la convivencia. Cuando las reglas no reflejan el sentir de la sociedad civil (o de los grupos organizados), el conflicto es inevitable y un cambio de reglas es fundamental, so pena de socavar las bases institucionales del sistema político (Mouffe, 1999). A diferencia de procesos históricos anteriores, el conflicto social moderno se desarrolla como consecuencia de la búsqueda de más derechos (titularidades), y en la capacidad de un sistema político para poder producir los bienes y servicios que permiten satisfacerlos (provisiones²¹⁰). Esto se acentúa aún más en la denominada sociedad post-industrial (Inglehart, 1999), ya que en ella las condiciones básicas de subsistencia ya han sido superadas y lo que ahora se demanda se manifiesta más en lo valórico que en lo material.

Del proceso de continuidad y cambio que se desarrolla en un sistema político nacen dos posiciones claramente delimitadas: aquellas que se mantienen a favor de la situación tal como está, planteando cambios graduales, y quienes señalan la necesidad de cambios estructurales. Los primeros basan su argumentación en que la máxima de cualquier gobierno es la mantención de la gobernabilidad, entendiendo ésta como la capacidad de un gobierno de producir prosperidad económica y so-

²⁰⁹ En el periodo de elaboración de la constitución de 1925 y la llegada de la dictadura de Carlos Ibáñez (1927) se desarrolló un incipiente proceso constituyente sin tener demasiado éxito debido, principalmente, a los problemas en la selección de representantes y en las potestades de estos actores (DeShazo, 2007).

²¹⁰ Utilizamos las categorías usadas por Dahrendorf (1990).

cial en base a un orden político estable (Alcántara, 1995; Boeninger, 1984). Sin embargo, una posición estática como el enfoque de la gobernabilidad está generando más crisis al sistema político que las que soluciona, ya que en lugar de corregir las problemáticas sociales, las evita, ignora y por tanto, tensiona a su explosión violenta en forma de movimiento social (Tarrow, 1997). **La necesidad de que el Estado resuelva las problemáticas que ha dejado de lado se manifiesta en demandas políticas, que requieren que el Estado adquiera protagonismo en lo económico. La vieja separación entre lo político y lo económico se vuelve inviable, y requiere de un nuevo marco teórico que piense en ambos procesos simultáneamente.**

De esta forma, se abre la opción entre mantener el *statu quo* u optar por una reforma estructural sobre qué hace o no hace el Estado en materia económica. Cada posición, *statu quo*/reforma estructural, posee dentro de sí misma dos visiones: una visión <<positiva>> y una visión “normativa”. La visión positiva de la economía es entendida como aquella que se basa en los datos y que apunta a resolver los problemas económicos, es decir, cómo utilizar de la mejor forma los recursos escasos. La visión normativa, en tanto, es aquella que utiliza argumentos valóricos para defender las acciones en el campo de la economía (Mankiw, 2005). Estas dos visiones se resumen en aquellas que defienden el principio de la eficiencia (uso óptimo de los recursos escasos) y aquellas que defienden el principio de la equidad (mejor distribución del producto económico).

Los positivos señalan que el *statu quo* o el cambio se explican porque la economía está regida por leyes objetivas: estas leyes señalan que un rol subsidiario del Estado y una economía libre traerán prosperidad al sistema político o, por el contrario, un rol interventor del Estado en la economía sumado a una economía menos libre generarán un efecto similar. Por su parte, los normativos plantearán que el *statu quo* o el cambio son producto de la necesidad de preservar o modificar la relación que existe entre igualdad y desigualdad en una economía. Rol redistributivo del Estado por un lado, y justicia distributiva por el otro, aparecen como consecuencia de dos visiones normativas, una a favor del *statu quo* y la otra a favor de una reforma estructural.

La respuesta a la pregunta sobre cuál deberá ser el camino por el cual nuestro país debe optar requiere tanto de elementos positivos como

normativos en discusión. Sin embargo, la prioridad debe darse a la evidencia y a los argumentos positivos, los cuales deben respaldar las posiciones normativas. La separación entre ciencia e ideología no es clara, ya que la primera se tiende a usar para justificar a la segunda (Marx, 1845 [1974]; Larraín, 2008; Foucault, 1969 [2002]).

1. Eficiencia y equidad: un debate infructuoso

Desde que la economía se ha transformado en una ciencia se ha argumentado que la distribución de los ingresos no tiene relación con la generación de crecimiento económico. Adam Smith señaló que el trabajo es la base de la riqueza de una nación, y para que este valor pueda desarrollarse deben eliminarse las trabas que la vieja monarquía coloca a la libre empresa a través de su control²¹¹ (Smith, en Tugores, 2007). Por tanto, **el énfasis está puesto en el crecimiento del producto del trabajo a nivel nacional y no sobre si la distribución de los beneficios del trabajo afecta en la eficiencia de los mercados.** Esta omisión seguirá en la visión clásica de la economía, donde economistas como David Ricardo (en Tugores, op. cit) declararán que la importancia del desarrollo del mercado mundial será producto del intercambio entre países que posean una <<ventaja comparativa>> para la producción de determinados bienes en particular. En esta visión, la desigualdad es vista en términos positivos, ya que permite que dos actores realicen un intercambio de bienes intensivos en diferentes factores productivos, ya sea trabajo, tierra o capital. De este modo cada actor puede especializarse en la producción de un solo bien y, por medio del intercambio, obtener aquellos que necesita pero que produce menos eficientemente que otros agentes del mercado. El intercambio, en consecuencia, siempre beneficiará a los actores que lo realicen, independiente de su situación inicial (Tugores, op. cit).

Sin embargo, corrientes críticas a esta visión no demoraron en aparecer. La más importante refutación a este supuesto de que el libre

²¹¹ La obra de Smith está fuertemente influida en una crítica hacia el control que realizaban las monarquías al comercio y cómo estas dificultaban por medio de su intervención directa y apropiación sobre los derechos de producción. Sus críticas buscaban el comercio basado en un mercado libre, pero no desregulado. Como veremos más adelante, libre comercio y desregulación no son sinónimos sino que dos modelos totalmente diferentes de comprender la economía.

comercio es siempre beneficioso para todos independiente del efecto que tenga en la desigualdad será enunciado por Karl Marx, quien manifestará que el capitalismo es un modo de producción condenado a su extinción debido a la existencia de un antagonismo irreconciliable entre clases sociales (Marx, [1848] 2005), una dueña de los medios de producción (burguesía) y la otra que sólo es dueña de su fuerza de trabajo (proletariado). En la medida en que el proceso de producción capitalista se desarrolla, la desigualdad entre estas clases aumenta, incluso produciendo que un grupo de capitalistas baje su condición a proletariado (Marx, [1844] 2004), en lo que Marx llamó la “ley de pauperización”, o la tendencia de que el capital se concentre cada vez en menos manos, mientras que el número de los desposeídos aumenta significativamente (Marx, [1861] 1974). Esta falla estructural del modo de producción capitalista generaría un estancamiento progresivo de la productividad de la fuerza de trabajo (debido a la cada vez más necesaria división del trabajo) y, por tanto, de la tasa de retorno de capital traducido en plusvalor (trabajo enajenado al obrero en el proceso de producción). Sin embargo, la predictibilidad respecto a la tendencia del capitalismo a entrar en crisis cíclicas no conllevó necesariamente al triunfo de revoluciones proletarias, las cuales el propio Marx luego concluyó no solo tenían un componente económico sino que también político, ya que la fragmentación del proletariado entre duros y blandos, sumado a una unificación de una debilitada burguesía, permitió el freno del avance de la agenda revolucionaria en la Francia de Luis Bonaparte (Marx, [1851] 2007). La <<primavera de los pueblos>> se vio, de esta manera, sobrepasada por la realidad (Hobsbawm, 1998). La teoría marxista luego sería readecuada en el contexto ruso²¹², donde Lenin ([1917] 1960) señalaría que el capitalismo había pasado hacia una nueva fase, el imperialismo. Ésta sería diferente al capitalismo industrial analizado por Marx, principalmente porque el capitalismo requeriría expandirse hacia nuevos mercados donde poder vender el

²¹² Debido a que la teoría desarrollada por Marx no pudo asegurar una predictibilidad sobre la caída del capitalismo por medio de una revolución proletaria donde el capitalismo estuviera más desarrollado, sus teorías pasaron a ser revisadas en el seno de la II Internacional social-demócrata creando 3 bloques: izquierda (Rosa Luxemburgo), centro (Kautsky) y derecha (Bernstein). La primera sostendrá una posición dura y revolucionaria, la segunda creará en una vía pacífica al socialismo y la tercera incluso llegará a negar su inevitabilidad. Solo con Lenin la teoría marxista recobrará su valor como teoría revolucionaria.

excedente de manufacturas y adquirir las materias primas para su producción a precios constantes. La fusión del capital industrial al capital bancario crearía un nuevo tipo de capital, el capital financiero, más dinámico y con impacto global. La tendencia a la expansión global del capital hacia áreas del mundo no capitalistas (modo de articulación entre modos de producción) si bien, fue analizada por el propio Marx en *El Capital* (op. cit) fue dotada de un contenido político por Lenin, el cual llegó a concluir que las causas de la gran guerra fue la tendencia nacional de los Estados a hacer la guerra guiados por su deseo de asegurarse para sí mismos monopolios sobre las colonias.

La primacía de la tesis de la eficiencia se mantuvo hasta entrado ya el siglo XX. La crisis de 1929 puso a prueba el modelo de liberalismo puro o de *laissez-faire*, marcando su fin. La crisis evidenció la existencia de dos problemas (Lettieri, en Lettieri et. al, op. cit). En primer lugar, el modelo económico desarrollado por Estados Unidos en su economía local en la primera postguerra, se caracterizó por una alta inversión en el sector de bienes de capital, por lo que la productividad aumentó considerablemente, principalmente en el área de bienes durables (automóviles, refrigeradores, lavadoras). No obstante, los salarios y la capacidad adquisitiva de los consumidores no aumentaron en la misma proporción, por lo que se generó un excedente de oferta que a larga originó una depreciación en el mercado de bienes durables cercano al 19%. Este proceso es conocido como crisis por sub-consumo. En segundo lugar, la crisis de sub-consumo causó a su vez un recorte de la inversión, lo cual afectó al Producto Nacional Bruto (PNB) reduciendo la productividad en un 50%. Estos dos procesos, sub-consumo y sub-inversión detonaron en una crisis de liquidez en el mercado financiero, el cual se encontraba altamente desregulado por la política de no intervención en el mercado²¹³. Si sumamos a estos 3 factores el abandono de la inversión a la producción agrícola podemos ver que globalmente la desregulación llevó a una crisis de tamaños colosales²¹⁴, que obligó a la intervención del Estado en la economía. **La**

²¹³ La tasa de interés, o valor del dinero generado por el Banco Central en dicha época rodeaba el 5%. Sin embargo, los bancos privados prestaban dinero al mercado de valores a la orden de un 12%. Cuando la inversión cesó, se generó una crisis de liquidez que llevó a una cadena de cesación de pagos con el consiguiente crack de 1929.

²¹⁴ Cabe hacer notar que la productividad de la URSS no se vio afectada por la crisis, al adoptar una economía centralmente planificada (Hobsbawm, 1995). La productividad

crisis de 1929, revela que los resultados de la aplicación modelo de libre mercado acentúa la desigualdad, afecta la capacidad de consumo y ocasiona, a mediano plazo, una reducción de la productividad.

El declive de la tesis de la eficiencia posibilitó la relectura de los clásicos no liberales, que permitieron la creación de una nueva teoría que ya no vería en la libertad absoluta de los mercados una alternativa viable. No es de extrañar que las consecuencias de la gran crisis de la primera postguerra obligaran a los gobiernos a aumentar el gasto deficitario²¹⁵. Los países europeos lo hicieron por medio de la deuda externa; Estados Unidos lo logró mediante su inclusión en la Segunda Guerra Mundial. Cualquiera fuera el camino, la tesis de que el gasto público genera crecimiento económico duraría por al menos 30 años, y su aplicación en Europa daría nacimiento al Estado de Bienestar. En el caso de Estados Unidos, se mantuvo el gasto del Estado seguido por lo planteado en el segundo New Deal²¹⁶. Como muestra la nueva evidencia sostenida por Thomas Piketty (2014), no existe una relación entre los procesos de acumulación de capital, o tasa de retorno (R) con la tasa de crecimiento del producto mundial (G), por lo que la inequidad, manifiesta el autor, afecta el crecimiento. El período mundial donde hubo mayor crecimiento –entre la segunda postguerra (1945) y la crisis de la OPEP (1973)- fue también el período en que la desigualdad disminuyó más aceleradamente. Después de esta fecha la desigualdad vuelve a aumentar con el comienzo de la desregulación neoliberal del período actual 1980-2010. Por tanto, las correcciones a la desigualdad poseen, como explicación directa, los grados de gasto que el Estado realiza para mejorar las tasas de retorno de capital y no

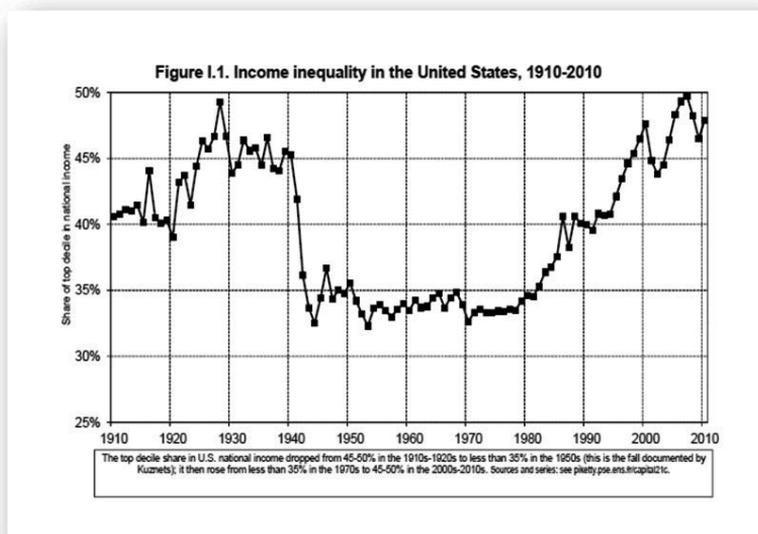
promedio de la URSS en el periodo 1927-1937 era de un 7%, en contraste con un rendimiento menor a un 4% de las economías norteamericana y europea (Pontoriero, en Lettieri et. al, op. cit.)

²¹⁵ El gasto público, para que impacte positivamente en el crecimiento y en la distribución del ingreso debe ser, por regla, deficitario, es decir, debe afectar a los ahorros que posee el gobierno. Si el gasto público equivale al aumento de los impuestos con los que se financia el gasto, crece el PIB (Keynes, [1936] 1998) pero no implica, necesariamente en una mejora de la distribución del ingreso (Lettieri, en Lettieri et. al, op. cit.).

²¹⁶ El gasto público deficitario en Estados Unidos solo comenzó desde 1940, con el apoyo en créditos y armamento a los países aliados, y aumentaría a su vez con la entrada de Estados Unidos a la segunda guerra mundial. Los niveles de gasto deficitario se mantuvieron con el desarrollo de la guerra fría (Lettieri, op. cit.).

por medio de una capacidad del mercado de, a largo plazo, mejorar la situación económica de todos los agentes económicos, conocida con la expresión de teoría del “chorreo” o *“trickle-down effect”*, lo cual puede apreciarse claramente en los gráficos N° 1 y N° 2²¹⁷, donde la desigualdad de Estados Unidos es considerablemente más amplia que en los países europeos, que decidieron mantener el Estado de bienestar. A su vez, el gráfico número 3 muestra claramente como la tasa de crecimiento del producto mundial creció en más de un 2, 3%, pasando a ser superior al período que va desde el año 0 hasta 1913. **La inversión pública corrige la desigualdad de ingresos entre ricos y pobres, aumentando el poder de consumo y generando un efecto positivo en el crecimiento.**

Gráfico N° 1: Desigualdad del ingreso en los Estados Unidos, 1910-2010

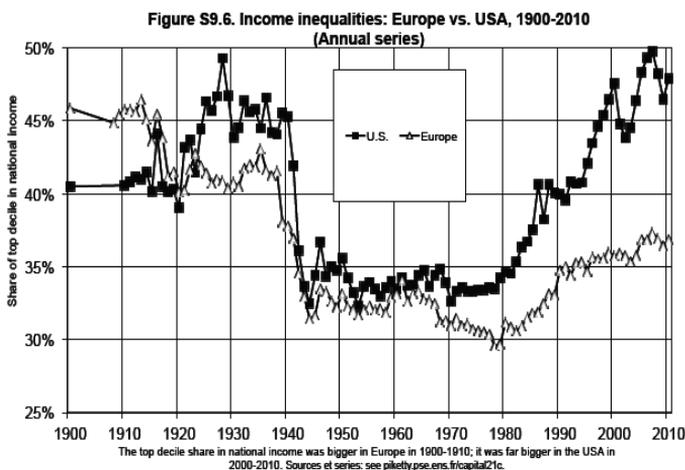


Sin embargo, la crisis de la OPEP obligó a desechar una forma barata de producir. El aumento del precio del barril de petróleo pasó de 3 a 33 dólares entre 1970-73, reduciendo la productividad a un 0, 2% en el período 1977-82 (Pontoriero, en Lettieri et. al, op. cit.). Una ola privatizadora recorrió el mundo: en América Latina los Regímenes Burocrático-Autoritarios (RBA) y las distintas dictaduras que acaba-

²¹⁷ Los gráficos 1, 2 y 3 son de Piketty (op. cit.).

ron con el modelo de sustitución de importaciones (ISI) aplicarán reformas neoliberales a cambio de créditos internacionales a tasas de interés muy bajas (las cuales luego, serán su pérdida). En Inglaterra, la líder del partido conservador, Margareth Thatcher (1979-1990), llevará a cabo la privatización de empresas estatizadas durante la era Attlee, incluyendo el Servicio Nacional de Salud (NHS), hecho que le costaría su salida del gobierno. En Estados Unidos, Ronald Reagan (1981-1989), implementó una reducción drástica del gasto público con una disminución considerable de los impuestos²¹⁸. La consecuencia directa de este proceso fue el aumento de la desigualdad de principios del siglo XX para Estados Unidos, y será solo en la administración de Bill Clinton (1993-2001), en su primer periodo, donde se recuperará el crecimiento de la economía estadounidense.

Gráfico N° 2: Desigualdad en el salario: Europa vs EE. UU., 1910-2010



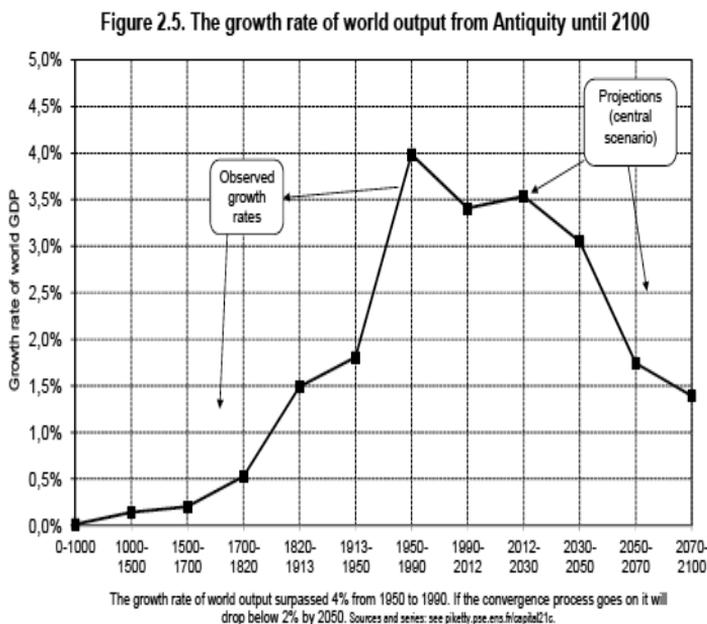
Los datos y antecedentes históricos muestran que el crecimiento del producto está directamente relacionado a los niveles de inversión pública y privada, llegando a ser un caso paradigmático el período 1945-

²¹⁸ La lógica detrás de este mecanismo es que el gasto público aumenta la inflación y disminuye el valor del dinero. Para evitar la devaluación de la moneda, el gobierno debe reducir el gasto público. Sin embargo, esto afecta directamente el PIB. Para evitar que esto suceda, se debe fomentar el sector privado por medio de una reducción de impuestos que incentive la inversión. Como la inversión impacta positivamente en el PIB, compensa la disminución del gasto público. Sin embargo, altos niveles de inversión no aseguran un aumento en el tamaño del mercado interno ni mucho menos, una mejora en la distribución de los salarios.

1973, donde la tasa de crecimiento del producto mundial llegó a superar el 2,3%. Este período, denominado el “siglo de oro del capitalismo” (Hobsbawm, op. cit.) está marcado por el abandono del *laissez-faire* y por la emergencia del Estado de bienestar. Sumado a ello, el contexto de guerra fría mantuvo el gasto público deficitario alto en la carrera armamentista y tecnológica de período.

De esta forma, podemos concluir que la eficiencia planteada tanto por los liberales clásicos como neoclásicos no necesariamente conlleva a mejorar el producto mundial. La evidencia muestra que la eficiencia impacta positivamente en el aumento de la tasa de acumulación de capital. Por ello, las bases objetivas sobre las cuales se sustentan sus argumentos poseen más un carácter ideológico. La evidencia muestra que el conflicto entre eficiencia y equidad es un conflicto ideológico, ya que el crecimiento del producto está directamente vinculado a los niveles de distribución del beneficio (output) y no a los niveles de acumulación de capital. Debemos superar los límites de la economía moderna y partir de un supuesto nuevo: **la distribución de los salarios afecta al Producto Interno Bruto de un país.**

Gráfico N° 3: tasa de crecimiento del producto mundial desde la antigüedad hasta el 2010



Altas tasas de desigualdad afectan fuertemente al producto, sin que con ello la tasa de crecimiento de capital se vea necesariamente afectada. Esto se ejemplifica en el aumento en la cantidad de billonarios y multimillonarios a nivel mundial entre los años 1998 y 2010, período de crisis y contracción del producto mundial bruto (Piketty, op. cit.), además de la aparición del denominado “cuarto mundo”, localidades de extrema pobreza ubicadas en la urbe (Nogué y Fonte, 2001). La discusión anterior busca responder a una problemática práctica: **cuál debe ser el rol del Estado en la economía.**

El modelo neoliberal adoptado luego de la crisis de la OPEP no ha generado resultados significativos en el aumento de la producción de aquellos países que lo adoptaron. Es por eso que esta época (1973-1990) es conocida como la época del “estancamiento” (Hobsbawm, op. cit.) La respuesta al estancamiento fue variada:

- Países como Japón decidieron utilizar una estrategia de diversificación de mercado sin restringir el gasto público, dirigiendo sus productos, ahora intensivos en innovación y tecnología, hacia Europa y el mercado asiático. El Estado se encargó de incentivar aquellas actividades productivas que requirieran un uso mínimo de insumos y bienes importados por su alta dependencia del petróleo foráneo, importado en un 100% (Pfeiffer, en Lettieri et. al, op. cit.).
- Un caso similar fue el adoptado por los países escandinavos, que orientaron su actividad productiva hacia la producción de bienes durables con alta tecnología²¹⁹.
- Los tigres asiáticos también se inclinaron por una estrategia de diversificación productiva y ampliación hacia mercados externos, siendo particularmente importante el rol del Estado en fomentar la mejora en sus índices de confianza, acción que repercutió positivamente en sus índices de asociatividad (Fukuyama, 1994) y capital social (Fukuyama, 1999).
- Los países latinoamericanos optaron por la solución neoliberal implementada durante el período dictatorial, sin mejores resultados que en períodos anteriores. Esto se explicaría por

²¹⁹ No será coincidencia la aparición de empresas como Nokia y Motorola en Suecia y Noruega, respectivamente.

la aplicación de un “*shock*” privatizador (reforma brusca de la estructura de mercado de un país) haciendo que la región se especializara en la exportación de materias primas y mano de obra (Cimoli, 2007). El rol del Estado quedó disminuido, al igual que la densidad de las redes a nivel de empresas. Prevalence la eficacia estática (asignación de recursos a ciertas funciones económicas) frente a la eficacia dinámica (desarrollo y difusión de innovaciones técnicas y organizacionales). Predomina la Inversión Extranjera Directa (IED) frente al desarrollo de redes, *clusters*²²⁰ y proyectos territoriales (Dini, Ferraro y Gasali, 2007).

- Los países europeos resolvieron mantener el gasto público, pero afianzando el mercado común consolidado en la Unión Europea (UE) luego de la firma del tratado de Maastricht en 1993, que actualmente cuenta con más de 500 millones de consumidores (Quermonne, 2004).

En todos los casos vistos existen dos variables que permanecen constantes: los niveles de libertad de los mercados y el rol del Estado en la actividad económica. De esta forma, podemos crear una tipología comparada que nos permite clasificar las unidades de análisis por medio de una yuxtaposición entre cuán libre son sus economías y el rol que el Estado cumple en ese proceso.

2. Caracterización del modelo

Para realizar una comparación general entre modelos económicos debemos enfrentarnos a la tradicional paradoja expuesta por Lijphart (Sartori y Morlino, 1999) en el que el aumento del número de variables a analizar debe ser inverso al número de casos a analizar. Debido a que buscamos realizar una tipología que nos permita comparar distintos casos independientemente de sus características particulares es que hemos preferido efectuar una comparación usando el método de comparación “más diferente²²¹”, dejando constantes aquellas variables

²²⁰ Para una mayor profundidad sobre la importancia de los *cluster*, véase: Quiero (2013).

²²¹ La comparación se puede realizar en base a dos elementos: comparar casos que son similares en todo excepto en un número restringido de variables o (comparación más similar), o comparar casos diferentes en todo excepto en un número reducido de varia-

similares y dejando las demás variables de contexto fuera del análisis. De ello nace un análisis comparado que permite comparar cualquier país que esté bajo un régimen capitalista de producción con otro, sin que tengamos que precisar sobre sus particularidades más que sobre las variables que realmente nos importan.

El primer modelo, de Estado subsidiario y economía libre, representa el *statu quo* actual en Chile. El Estado no interviene sino en situaciones de crisis o donde ha existido una violación a la ley, y la economía está altamente liberada para que los agentes económicos se hagan cargo de la producción. Países como China²²², Estados Unidos, México, Colombia, Brasil, Paraguay, India, Canadá y Suiza son casos donde el Estado se mantiene ausente del proceso productivo y lo delega a los privados.

El segundo modelo, con un Estado de visión de justicia distributiva y economía libre pero con amplia participación también de la sociedad civil en la producción es la reforma estructural que los movimientos sociales proponen para nuestro país, Estado que hemos llamado como “Estado del nuevo trato”. Estas economías se ven en los países pertenecientes a la UE (con excepción de Rumania y Bulgaria), Australia, Noruega, Finlandia, Japón, Corea del Sur y Ecuador. El tercer modelo, con un Estado de justicia distributiva pero con una economía restringida es el modelo desarrollado por los nuevos socialismos a nivel mundial. Los países que han optado por este camino son principalmente países latinoamericanos que han logrado implementar planes económicos de Estado interventor como Bolivia, Venezuela, Argentina y Nicaragua. Finalmente, está el modelo con un Estado redistributivo y una economía restringida, característico de los Estados fallidos, las colonias en los tiempos del absolutismo, el imperialismo y la segunda post-guerra. La discusión se centra así sobre el modelo a seguir y sus

bles (comparación más diferente). De esta forma, las diferencias estriban en cuáles son las variables operacionales que se dejan constantes: las que varían, o las que cambian (Nohlen, 1995).

²²² China siempre debe considerarse un caso particular, ya que su economía local funciona en base a una economía socialista, pero sus Zonas Económicas Exclusivas (ZEE) funcionan como un mercado libre sin regulación. Por ello se habla comúnmente de la existencia de dos chinas (Bremmer, 2007) y de la inexistencia de una transición dual del modelo chino, es decir, transición económica parcial, y mantenimiento del régimen comunista en lo político (Guo, 1998).

efectos sobre el sistema político chileno. Analizaremos dos de estos cuatro modelos y sus implicancias en la problemática actual, particularizando en el caso chileno y en la discusión sobre los pros y contras en transitar hacia una economía con un grado de intervención del Estado más alto.

Gráfico N° 4: tipología del rol del Estado en la economía



Fuente: Elaboración Propia

Este modelo es un modelo con características sincrónico-diacrónicas (Bartolini, en Sartori y Morlino, op. cit.), es decir, une un análisis en secuencias de tiempo a la vez que permite mostrar las variables a analizar de forma estática. Ha sido diseñado para representar períodos de la historia en los cuales los Estados han representado un grado alto/bajo de intervención en la economía, sumado con un grado de libertad de los mercados alto/restringido. A través de la historia los Estados han pasado de un *locus* a otro, adquiriendo diversas formas. **El rol del Estado en la economía no es estático, sino que varía en el tiempo, por lo que un modelo que intente dar cuenta de cuál debe ser rol del Estado debe de tomar en cuenta esta tendencia al cambio.**

3. El primer modelo: Estado subsidiario

El modelo del Estado subsidiario fue instalado en Chile como consecuencia de la ilegítima Constitución de 1980, la cual señalaba en materia económica que el Estado se retiraba definitivamente de su rol como propietario de empresas y productor, dejando este rol a las empresas privadas. El Estado tiene funciones reducidas en el ámbito económico, para así permitir un mayor dinamismo de los agentes económicos. Producto de este proceso, se vendieron casi la totalidad de las empresas administradas o gestionadas por el Estado, al igual que se diversificaron las exportaciones hacia sectores no tradicionales (Pérez-Aleman, 2007). Desde nuestras variables, el Estado subsidiario se caracteriza por una economía altamente libre en manos de privados y un Estado que redistribuye recursos por medio de políticas de focalización, es decir, que entrega subsidios a los que más lo necesitan para así no generar un desequilibrio en el mercado. Dini y Stumpo (2002) determinaron que los principios rectores del Estado chileno eran:

- **Subsidiariedad:** el Estado delega en los privados el proceso productivo, interviniendo sólo frente a la aparición de externalidades.
- **Horizontalidad:** principio de la no-discriminación en el trato por regiones, tamaño de la empresa, sector o tamaño de la empresa.
- **Subsidio a la demanda:** entrega de fondos a las empresas para que éstas decidan en qué utilizarlos libremente.
- **Pasividad de las instituciones públicas:** el apoyo del Estado es producto de una solicitud del sector privado.
- **Cofinanciamiento empresarial:** El interés de los empresarios y su compromiso para asegurar la pertinencia de las acciones de apoyo, se comprueba con su participación en el financiamiento de las mismas.
- **Intermediación del sector privado:** El Estado cumple la función de crear las reglas del juego y de evaluar el actuar de los agentes privados. Las demás actividades se dejan en manos de privados.

Desde una perspectiva positiva, el mantenimiento de este modelo es ya casi inviable. En primer lugar, el modelo de subsidiariedad chileno es poco productivo, ya que se centra en la exportación de *commodities* (materias primas) de bajo valor agregado. Si analizamos el valor agregado de nuestras principales exportaciones (sector agropecuario y cuprífero) en comparación a nuestros competidores, éste es en muchos casos menores al 50%. Si comparamos el valor agregado del mercado del vino de exportación para el año 2011 con el mercado australiano, el valor del vino de exportación de este último triplica al valor por unidad de la exportación chilena (CTVV, 2009). Un segundo problema no es sólo que la cadena de valor sea reducida, sino que además las exportaciones principales que realiza nuestro país (vino, pisco, cobre, celulosa) van en un franco retroceso en su valor mundial (Capó, Expósito y Masiá, 2007). Finalmente, el comportamiento estratégico que han usado ciertos países de nuestros recursos para generar un “efecto pivote” sobre el valor mundial del cobre deja en evidencia que el modelo primario exportador, característico de nuestra historia económica está destinado a hacer crisis. La decisión del Partido Comunista Chino de frenar su crecimiento hacia afuera y potenciar el desarrollo interno de sus mercados ha llevado a la quiebra a un número no menor de sus empresas, las cuales usaban como respaldo de su patrimonio reservas de cobre. Al salir estas reservas al mercado afectaron al precio mundial, generando pérdidas en el mercado chileno y fijando un valor menor a 3\$ la libra, valor que poseía a mitades del año 2010 (Fuente: Diario Financiero, 14 de marzo). Se prevé además que el promedio del valor del cobre, si se mantiene la desaceleración China sea de 2.8 durante todo el 2014. Por tanto, es natural que una economía dependiente de la exportación de *commodities* y de bienes de bajo valor agregado con bajo valor mundial se enfrente a un escenario de desaceleración de su economía. La evidencia muestra que el tamaño de la cadena de valor se ve afectada por los niveles de ciencia y tecnología generadas localmente o, en su defecto, de su importación para su uso, ambas tareas que el mercado no puede hacer por sí solo ya que se basa en proyecciones de corto-mediano plazo, mientras que alargar la cadena de valor es un proceso de largo plazo.

La competitividad de los mercados está directamente relacionada con la capacidad que posee una economía de crear ventajas competitivas en lugar de explotar ventajas comparativas (Porter, op. cit.). En el pri-

mer caso, un actor económico desarrolla aquella actividad económica para la que es mejor en base a una herencia basada en un *commodity*, un determinado tipo de tecnología o una determinada forma de organizar el trabajo. Esto tiene como consecuencia que la economía puede poseer ingresos positivos produciendo de la misma forma que lo ha hecho siempre, pero a largo plazo hace a esta economía menos competitiva ya que no innova y no desarrolla una cadena de valor más larga: mantiene las cosas tal y cual están ya que su negocio posee saldos positivos más allá de los costos de producción. Un modelo de negocios basado en la explotación de una ventaja comparativa es menos sensible a los cambios tecnológicos del entorno. En cambio, un modelo de negocios basado en ventajas competitivas parte de que las ventajas no se heredan, sino que se crean. La forma por medio de la cual una economía crea ventajas competitivas es por medio de la aplicación de la innovación, la ciencia y la tecnología al proceso productivo. Esto permite la adaptación a los cambios en las pautas de consumo de los consumidores, al igual que desarrolla la capacidad de resistir de mejor forma los cambios en el mercado. Este proceso es de largo aliento, complejo, y requiere de una cultura de negocios y de innovación fuertemente desarrollada para que se aplique (Cimoli, op. cit.; Capó, Expósito y Masiá, op. cit.).

Sin embargo, partir del supuesto de que los actores económicos pueden, por sí solos, desarrollar estos procesos es un supuesto sólo aplicable a los países desarrollados. Como bien señala Dirven (2000), en América Latina prevalece un modelo de producción en torno a multinacionales, las cuales no invierten a nivel local sus utilidades ni tampoco llevan a cabo un proceso de difuminación de *know-how*. Sumado a este problema estructural, los procesos de aplicación de I+D e innovación se dan en funcionamiento en redes, las cuales son aún débiles en América Latina (Dini, Ferraro y Gasali, op. cit.). El desarrollo de capital social es fundamental para un modelo de negocios basado en ventajas competitivas, es decir, para aumentar el tamaño de la cadena de valor (Visser, 2004). **El hecho de dejar en manos del mercado la capacidad de desarrollar la competitividad tanto en América Latina como en Chile explica el bajo grado de competitividad de nuestros mercados, basados en la cooperación con multinacionales en lugar de crear nuevos mercados o generar innovación.**

Los procesos de generación de capital social y redes no pueden dejarse en manos del mercado cuando los actores económicos no poseen las competencias para crear ventajas competitivas. Porter (op. cit.) señala que la competitividad es producto de una triple hélice, esto es, la interacción de 3 estamentos: las instituciones, los centros de pensamiento y los centros productivos. Las instituciones pueden ser públicas, privadas o intermedias, por lo que su naturaleza no altera el proceso asociativo ni el desarrollo de competitividad. Este supuesto funciona cuando existe una cultura de asociatividad e interacción, que en el caso de América Latina fue disminuida con el shock de los años ochenta (Cimoli, op. cit.). Por ello, el Estado debe disponer de instituciones que permitan el desarrollo de este proceso (Dirven, op. cit.). Los costos de la falta de competitividad se pagan tarde o temprano. Ya se puede advertir este proceso en el mercado de exportación de vinos frente a nuestros competidores, y más actualmente se ha podido apreciar el efecto sobre nuestros mercados de exportación de cobre. Un nuevo Estado no sólo es posible, sino que necesario.

4. El segundo modelo: Estado del nuevo trato

Los defensores acérrimos del primer modelo dirán, desde una perspectiva normativa, que cambiar el *statu quo* es un terrible error, ya que, en palabras de Fernando (1985), el “milagro chileno” se debe, principalmente, a que el Estado tiene sus tareas delimitadas y que los mercados son dinámicos gracias a ello. La estabilidad política que entrega uno de los sistemas más desproporcionales del mundo (el sistema binominal) permite una “democracia de los acuerdos” que evita que los mercados se resientan. En palabras del timonel de la UDI, Patricio Melero, cuando un grupo político (Nueva Mayoría) hace reformas sin preguntarle a los otros grupos (UDI-RN) se generan quiebres democráticos (Fuente: La Nación, 25 de marzo), un claro eufemismo que revive una de las peores épocas de nuestra historia. Desde un enfoque positiva, se señaló que el clima de desaceleración se acentuará si el Estado interviene en los mercados, ya que desincentivará la inversión y creará inflación. Las reformas que plantea la Nueva Mayoría no harían sino empeorar esta proyección.

Como señaláramos anteriormente, los problemas de nuestra cadena productiva (mono-exportación y bajo valor agregado de la producción) son consecuencia de un bajo nivel de inversión en I+D e innovación (Visser, op. cit.). Si analizamos el caso de economías competitivas (aquellas capaces de crear valor en sus cadenas) nos damos cuenta de que hay dos actores presentes además de las empresas: universidades e instituciones. En estos casos el Estado, por medio de instituciones intermedias como con sus propias instituciones, asegura que el conocimiento orientado a la producción se utilice por parte de las empresas en cadenas de valor cada vez más largas, donde la cantidad de empresas que participan en la producción aumentan considerablemente. Entonces, si la competitividad de una economía no puede dejar de lado a las instituciones y al Estado ¿No será este hecho el que explique porqué la economía chilena posee características tan simples?

Desde nuestras variables, el Estado del nuevo trato implica que el Estado se haga cargo de fomentar la asociatividad por medio de una participación directa de los procesos productivos. Esto no supone limitar la libertad actual del mercado, sino que el Estado se haga cargo de que las empresas sean competitivas entregando las condiciones para asegurar dicho proceso. **¿Cuáles son los elementos que nuestra economía necesita reforzar? ¿Cuál es la variable que permite el desarrollo de las fuerzas productivas de una economía? ¿Cuáles son los actores que permiten estos procesos? ¿Cómo creamos estos procesos?** Pasemos a responder estas preguntas.

En primer lugar, una economía necesita reforzar su capacidad para innovar y reducir su dependencia de las materias primas y de formas de energía costosa. Desde la crisis de la OPEP, esta decisión adoptada por actores actualmente líderes del mercado mundial como Japón o Corea del Sur, los ha colocado en esa ubicación por el fomento que generaron sus economías a la producción basada en la tecnología y en I+D. Esto permitió reducir su dependencia de los mercados norteamericanos y ampliar su oferta a nivel mundial. Debemos pasar de economías de escala, basadas en la cantidad, a economías de gama, basadas en la calidad y en la variedad.

En segundo lugar, la forma para lograr mayores niveles de innovación e I+D se logra por medio de procesos asociativos, es decir, realizar una división del trabajo mediante actores que cooperan en lugar de com-

petir entre ellos para producir un bien final de alto valor agregado. La acción colectiva genera externalidades positivas en el proceso más allá de la producción misma, como lo es la innovación, la generación de saberes de segundo orden y, principalmente, de aprendizaje y adaptación.

En tercer lugar, este proceso asociativo no es un proceso espontáneo. Ha contado con el apoyo de instituciones intermedias como de actores públicos para su desarrollo. Los proyectos de fomento creados por las entidades gubernamentales buscan precisamente promover la asociatividad para lograr estos efectos sinérgicos en el proceso productivo. Donde los actores privados no tienen una historia de asociatividad muy desarrollada (Putnam, 1994), una cultura que favorezca la generación de lazos sociales (Fukuyama, op. cit.) sin un actor que los propicie externamente (Rothstein, 2005) surgirán Problemas de Acción Colectiva (Olson, 1986) que no harán sino empeorar la situación inicial de la asociación.

Finalmente, estos procesos sólo pueden ser creados mediante el desarrollo de confianza entre actores económicos e institucionales. La confianza es la capacidad que posee un actor de arriesgarse a interactuar con otros actores de forma sostenida en el tiempo (Quiero, op. cit.) Detrás de todo proceso asociativo se halla que ésta está directamente influida por los niveles de confianza dentro de una organización. Si la cooperación es circunstancial, específica y reducida, la asociatividad será débil y los PAC aparecerán apenas ocurra una situación conflictiva. En el proceso de generación de confianza, el Estado puede asumir 3 actitudes (Quiero, op. cit.):

- a) **Un enfoque determinista:** hace que el Estado asuma un enfoque de inercia para las Políticas Públicas, es decir, el Estado no es capaz de crear confianza o aumentar sus niveles existentes. Se asume que las personas no pueden desaprender ser confiados/desconfiados: la confianza está determinada a priori, por lo que las instituciones poco pueden hacer para modificar los niveles de confianza (Fukuyama, op. cit.; Uslaner, 2005). Por ello, el Estado se debe hacer responsable de los costos que implica la asociación.
- b) **Un enfoque racionalista:** supone que la confianza puede ser aprendida/desaprendida con gran facilidad por los mismos acto-

res (Hardin, 2010), ya que los individuos son altamente racionales, y reaccionan rápidamente a los cambios en la estructura de incentivos o en el sistema de precios. Ya que los individuos son capaces por sí mismos de tomar las mejores decisiones (entre ellas, confiar o desconfiar) el Estado asumirá un enfoque subsidiario, no interviniendo en los procesos de asociatividad. La confianza se supone dada, y creada por los actores a voluntad. El Estado no intervendrá en la creación o mantención de los procesos asociativos.

- c) **Un enfoque de coordinación:** supone una racionalidad limitada por parte del individuo (Simon, 1944), por lo que la experiencia es un factor importante para aprender a confiar/ desconfiar (Rothstein, 2005). Las instituciones son importantes ya que reducen los costos de cumplir los acuerdos (North, 1990), al igual que las organizaciones, las cuales mantienen en el tiempo el proceso asociativo (Perez-Aleman, op. cit.). La confianza es aprendida por medio de un diálogo entre Estado y actores privados. Esto genera como consecuencia un enfoque de coordinación por parte del Estado y los actores que participan en el proceso productivo, ya que éste es visto como un proceso sistémico que requiere de cooperación y coordinación de todos los actores implicados. El Estado es un actor creador de confianza dentro del proceso asociativo, por lo cual fomentará la asociatividad.

De esta forma, el modo en que el Estado supone la existencia y creación de confianza afecta la asociatividad porque condiciona los incentivos entregados por el Estado para fomentar/inhibir la existencia de un emprendimiento colectivo, y en nuestro caso, de un *cluster*. El clásico dilema equidad/eficiencia se resuelve haciendo a los privados responsables de la productividad y asegurando que el valor de las empresas sea su cadena productiva y no la dependencia sobre materias primas, e impidiendo que los bienes creados tengan bajo valor. Una nueva economía requiere necesariamente, un nuevo rol del Estado.

5. Conclusiones

La discusión sobre el rol del Estado toma actualmente un nuevo aire ya que, a diferencia de otros períodos, en el programa del actual Go-

bierno está contemplada la reforma a la Constitución. Esta ventana de oportunidad que se abre debe llamar a la comunidad científica a hacer un análisis crítico sobre nuestro modelo económico y sus resultados. Toda discusión sobre economía es en sí misma, una discusión ideológica, ya que está influida por nuestras percepciones sobre qué, cómo y para quién producir. Las prioridades que demos en ese proceso estarán fundadas en evidencia que, en general, se adapta a los objetivos de quienes las proponen. Como muestra la evidencia mundial, la disminución del producto mundial va a la par con el aumento de la desigualdad en la distribución de los ingresos, realidad de la que nuestro país no está exento. Nuestra economía exhibe altos grados de desigualdad y presenta una productividad que no ha aumentado. Desde la transición a la democracia la productividad ha ido disminuyendo, lo cual no se condice con la realidad de un país que ya no está dispuesto a mantener las injusticias heredadas del pasado. El fracaso del modelo neoliberal a nivel global es una oportunidad para actuar correctamente en economía, y aprender de la experiencia internacional y de cómo otros países no han desarrollado un debate innecesario entre eficiencia en la economía y equidad en la distribución del ingreso. Un nuevo Estado es necesario, y posible.

Bibliografía

- ALCÁNTARA, Manuel (1995). *Gobernabilidad, Crisis y Cambio*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 23-145 pp.
- BOENINGER, Edgardo (1984). *La Concertación Política y Social: Problema y Exigencia de la Consolidación Democrática*. Centro de Estudios del Desarrollo CED. Santiago, Chile. 1-39 pp.
- BREMMER, Ian (2007). *La Curva J: Una Nueva Manera de Entender Por Qué Ascenden y Caen las Naciones*. Buenos Aires: Editorial El Ateneo, 317-351 pp.
- CAPÓ, Josep, EXPÓSITO, Manuel y MASIÁ, Enrique (2007). “La Importancia de los Clusters Para la Competitividad de las PYME en una Economía Global”. *Revista Eure*, Vol. XXXIII, N° 98, pp. 119-133.
- CENTRO DE COMPETITIVIDAD DEL MAULE (CCM) (2009). Plan de Mejora de la Competitividad (PMC) Ejecutivo. El Cluster del Vino. Disponible en http://www.centrodecompetitividaddelmaule.cl/files/Cluster_Vino_Maule_h196p34g.pdf

- CIMOLI, Mario (2007). *Evaluación de un Programa de Innovación y Sistemas de Producción en América Latina: Estudio Sobre la Dinámica de Redes*. Santiago: CEPAL, 11-23 pp.
- DAHRENDORF, Ralf (1990). *El Conflicto Social Moderno: Ensayo Sobre la Política de la Libertad*. Madrid: Mondadori, 28-48 pp.
- DESHAZO, Peter (2007). *Trabajadores Urbanos y Sindicatos en Chile: 1902-1927*. LARACH, Pablo (Trad.), Santiago: Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, DIBAM, 123-256 pp.
- DINI, Marco y STUMPO, Giovanni (2002). *Análisis de la Política de Fomento a las Pequeñas y Medianas Empresas en Chile*. Santiago: CEPAL, 26-28 pp.
- DINI, Marco, FERRARO, Carlo y GASALY, Carolina (2007). *Pymes y Articulación Productiva. Resultados y Lecciones a Partir de Experiencias en América*. Santiago: CEPAL, 24-41 pp.
- DIRVEN, MARTINE (2000). *El Cluster: un Análisis Indispensable... Una Visión Pesimista*. X Congreso nacional de Estudiantes de Economía, Universidad Nacional San Antonio del Abad del Cuzco, Perú.
- FOUCAULT, Michel (2002). *The Archaeology of Knowledge*. Londres y Nueva York: Routledge, 65-75 pp.
- FUKUYAMA, Francis (1994). *Confianza*. Buenos Aires: Editorial Atlántida, 353-390 pp.
- FUKUYAMA, Francis (1999). "Social Capital and Civil Society". IMF Conference for Second Generation Reforms. Institute of Public Policy, George Mason University, USA, 1-17 pp.
- GUO, Siujan (1998). "Democratic Transition: A Comparative Study of China and the Former Soviet Union". *Issues & Studies*, Vol. 34, N° 8, pp. 1-35.
- HARDIN, Russel (2010). *Confianza y Confiabilidad*. México: Fondo de Cultura Económica, 149-156 pp.
- HOBSBAWM, Eric (1995). *Historia del Siglo XX*. Barcelona: Editorial Crítica, 260-459 pp.
- HOBSBAWM, Eric (1998). *La Era del Capital 1848-1875*. Barcelona: Editorial Crítica, xx pp.
- INGLEHART, Ronald (1999). "Globalization and Postmodern Values". *The Washington Quarterly*, N° 23, pp. 215-228.
- KEYNES, John Maynard (1998). *Teoría General del Empleo, el Interés y el Dinero*. Madrid: Ediciones Acosta, 25-65 pp.

- LARRAÍN, Jorge (2008). *El Concepto de Ideología*. Tomo II. Santiago: LOM Ediciones, 9-25 pp.
- LENIN, Vladimir (1960). *Obras Escogidas*. Moscú: Instituto del Marxismo Leninismo, 779-835 pp.
- LETTIERI, Alberto, PFEIFFER, Annette, PONTORIERO, Gustavo y STORTINI, Julio (2000). *Los Tiempos Modernos. Del capitalismo a la Globalización, siglos XVII al XXI*. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 197-374 pp.
- MANKIW, Gregory (2002). *Principios de Economía*. Madrid: McGraw-Hill, 2ª Edición, 15-29 pp.
- MARX, Karl (1972). *El Capital*. Madrid: EDAF Ediciones, Tomo II, 605-634 pp.
- MARX, Karl (1974). *La Ideología Alemana*. Barcelona: Ediciones Grijalbo, 5ª Edición, 15-26 pp.
- MARX, Karl (2004). *Manuscritos Económico-Filosóficos*. Santiago: Editorial Centro Gráfico, 17-24 pp.
- MARX, Karl (2005). *El Manifiesto Comunista de 1848*. Santiago: Editorial Centro Gráfico, 27-49 pp.
- MARX, Karl (2005). *El 18 de Brumario de Luis Bonaparte*. Buenos Aires, Longseller, 17-61 pp.
- MOUFFE, Chantal (1999). *El Retorno de lo Político: Comunidad, Ciudadanía, Pluralismo, Democracia Radical*. Barcelona: Editorial Paidós, 183-209 pp.
- NOGUÉ FONT, Joan y VICENTE RUFÍ, Joan (2001). *Geopolítica: Identidad y Globalización*. Barcelona: Ariel, 135-153 pp.
- NOHLEN, Dieter (1995). *Sistemas Electorales y Partidos Políticos*. México: Fondo de Cultura Económica, 34-43 pp.
- NORTH, Douglas (1990). *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 13-85 pp.
- OLSON, Mancur (1992). *La Lógica de la Acción Colectiva*. México: Editorial Limuza-Noriega, 10-47 pp.
- PEREZ-ALEMAN, Paola (2005). "ClusterFormation. Institutions and Learning: The Emergence of Clusters and Development in Chile". *Industrial and Corporate Change*, Volume 14, N° 4, pp. 651-677.
- PIKETTY, Thomas (2014). *Capital in the Twenty Century*. Cambridge: The Belknap Press of Cambridge, 10-150 pp.

- PORTER, Michael (1990). *The Competitive Advantage of Nations*. New York: Free Press, 10-65 pp.
- PUTNAM, Robert (1994). *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*. Princeton: Princeton University Press, xx pp.
- QUERMONNE, Jean-Louis (2004). *El Sistema Político de la Unión Europea*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 135-167 pp.
- QUIERO, Francisco (2013). *Y sin Embargo se Mueve. Confianza y Asociatividad en el Cluster del Vino, VII Región del Maule*. Santiago: Universidad de Santiago, 6-24 pp.
- ROTHSTEIN, Bo (2005). *Social Traps and the Problem of Trust*. Nueva York: Cambridge University Press, 12-25 pp.
- SALAZAR, Gabriel (2009). *Del Poder Constituyente de Asalariados e Intelectuales (Chile, siglos XX y XXI)*. Santiago: LOM Ediciones, 8-25 pp.
- SARTORI, Giovanni y MORLINO, Leonardo (1994). *La Comparación en las Ciencias Sociales*. Madrid: Alianza Editorial, 29-46 pp.
- SIMON, Herbert (1944). "Decision-Making and Administrative Organization". *Public Administration Review*, N° 4, pp. 1-20.
- TARROW, Sydney (1997). *El Poder en Movimiento: los Movimientos Sociales, la Acción Colectiva y la Política*. Madrid: Alianza, 13-45 pp.
- TUGORES, Juan (2006). *Economía Internacional. Globalización e Integración Regional*. Madrid: Editorial McGraw-Hill, 6ª Edición, 32-67 pp.
- USLANER, Eric (2007). *The Inequality Trap*. Maryland: University of Maryland-College Park, 15-75 pp.
- VISSER, Evert-Jan (2004). *A Chilean Wine Cluster? Governance and Upgrading in the Phase of Internationalization*. Division of Production, Productivity and Management, ECLAC. Santiago, Chile, 9-51 pp.

INICIATIVA POPULAR DE LEY EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE CHILE

Bárbara SEPÚLVEDA HALLES*

“No puede concebirse una democracia auténtica que no realice previamente su crítica total, que no revise todos sus pretendidos ‘principios’ desde sus más recónditas raíces y que no busque normas diferentes a las suyas, realmente igualitarias y de pleno beneficio social”.
(Eduardo Novoa Monreal)

Resumen

Este trabajo postula como una de las principales deficiencias de nuestra democracia la exclusión de la participación directa de la ciudadanía en las decisiones políticas, lo cual se ve reflejado en la crisis de representación y la expansión de la desafección política. Asimismo, se expone cómo bajo el actual modelo de democracia en Chile no puede resolverse la crisis de representación producto de la concentración del poder, el paternalismo político/generacional y el desarrollo de un modelo de democracia que opera bajo la lógica del temor a las mayorías. En este contexto, se propone una radicalización de la democracia chilena y la incorporación de mecanismos de participación directa de la ciudadanía, siendo la iniciativa popular de ley un mecanismo que puede ayudar a disolver la desconfianza en las instituciones vigentes, en particular las legislativas. Se exponen sus características, clasificaciones, cómo opera en el derecho comparado y los argumentos a favor y contra que se han generado en torno a ella.

* Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Chile. Contacto: bsepulvedahales@gmail.com

1. Introducción. La necesidad de integrar mecanismos de democracia directa para mejorar nuestra democracia

Criticar la Constitución chilena es difícil cuando se tienen a la vista los abundantes reparos políticos, sociales y jurídicos que se han planteado desde su dictación hasta la actualidad. En ese orden de cosas, podría sostenerse que existe una transversalidad mínima, a lo menos en los sectores de izquierda y progresistas, sobre cuáles son los principales problemas que afectan a nuestra Constitución Política, y que se traducen en los consecuentes problemas económicos, políticos y sociales que Chile enfrenta diariamente.

En el mismo sentido, vale la pena preguntarse si cambiar la Constitución resuelve *a priori* esos problemas. La respuesta a esa pregunta evidentemente será que no, ya que el desafío no consiste sólo en cambiar la Constitución en términos formales, sino que también en modificar con ella el modelo democrático, que actualmente determina las reglas jurídicas del desarrollo económico, político y social de Chile. Se trata, entonces, de realizar un ejercicio de re-pensar las bases mismas que nos regulan, para determinar, siempre de forma mayoritaria, democrática y transparente, a cuál modelo de Estado aspiramos, es decir, en qué tipo de país queremos vivir.

De todas las discusiones que se han generado en torno al cambio constitucional, nos centraremos en el problema de la participación política de la ciudadanía, y específicamente, en los mecanismos populares democráticos de incidencia en la legislación. Más precisamente, si bien cuando se abordan estos mecanismos populares de democracia, se suele hablar conjuntamente de la iniciativa popular de ley y el referéndum revocatorio, nos dedicaremos sólo al primero, a fin de lograr un análisis más profundo de su funcionamiento, revisando las experiencias en el mundo y su utilidad en los procesos de democratización de diversos Estados.

Intentaremos mostrar que Chile no sólo está preparado para integrar mecanismos de democracia directa en su modelo político, sino que además la incorporación de éstos es coherente con la creciente demanda social por participación ciudadana vinculante e incidencia real en las decisiones y, por lo tanto, necesaria para el comienzo de una nueva etapa constitucional en nuestro país.

1.1. La democracia y la crisis de representación

Cuando hablamos de democracia, lo primero que podemos decir es que no existe una forma unívoca para definirla. Existen tantos conceptos como ideologías e intereses detrás de ellos. Hoy, muchos sostienen que la democracia está en crisis, ante lo cual vale a lo menos preguntarse ¿cuál modelo de democracia está en crisis?

En primer lugar, el concepto actual de democracia, no es ni pretende ser lo que experimentamos como tal. La democracia, como la conocemos, es más un discurso que una realidad. Está construida sobre pretensiones liberales, que finalmente nunca llegan a tener sustancia: igualdad, justicia, bienestar, derechos. El estado actual de la democracia en Chile es bastante precario, y si bien en los últimos años se pueden percibir ciertos avances, no es posible aún sostener que luego de la dictadura, Chile haya experimentado un cambio real. El modelo económico no sólo se ha mantenido, sino que se ha profundizado, las desigualdades se mantienen y los derechos sociales son una demanda ciudadana, más que una realidad. En este sentido, plantearemos en el presente trabajo que radicalizar la democracia significa realmente realizarla, es decir, hacerla efectiva.

Que el actual modelo de democracia esté en crisis, se devela por la aumentada distancia de lo que la ciudadanía demanda y lo que los gobernantes hacen. Es así que, como ha sostenido Bobbio, la ingobernabilidad se produce como consecuencia de la creciente desproporción entre las demandas de la sociedad civil y la deficiente o nula capacidad que tiene el sistema político para dar respuesta a las mismas. Para este autor, en esta lógica se produce un efecto perverso, ya que el régimen democrático es precisamente aquel que más que cualquier otro facilita, y en cierto modo requiere, la presentación de demandas por parte de los ciudadanos y los grupos²²³. Siguiendo en esta parte a este autor, es posible sostener que en Chile ha ocurrido un fenómeno denominado “privatización de lo público”, que ha insertado, promovido y

²²³ Nótese que Bobbio realiza este análisis sobre Italia a mediados de los ochenta constando la crisis de la democracia de su país, la cual tendría tres aspectos: ingobernabilidad, privatización de lo público y poder invisible, agravada por una crisis del Estado de Derecho, que deriva de un gobierno constitucional que a su vez tiene un gobierno trabajando por debajo, una realidad que lamentablemente, hoy en el año 2015, no nos resulta lejana.

profundizado la lógica clientelar en la relación entre representante y representado, lógica mediante la cual aquél que se encuentra en la posición de administrar recursos públicos, ya sea una autoridad política o un funcionario de los órganos de la Administración del Estado, los utiliza como recursos privados a favor de tal o cual ciudadano, el cual a su vez, ofrece a cambio, su propio voto o propia preferencia (Bobbio, 1985).

Según Ferrajoli, estos fenómenos dan cuenta de que la democracia se encuentra en crisis en la mayoría de los ordenamientos porque la relación entre dinero, información y política se vuelve cada vez más estrecha, y entonces, se utiliza “dinero para hacer información, información para hacer dinero y política, política para hacer dinero, dinero para hacer política e información”. Para el autor, no se trataría de una simple subordinación de los intereses públicos a los intereses privados, sino de un fenómeno patológico que descompone la representación libre de coerción, y por lo tanto, las formas de la representación política (Ferrajoli, 2005).

En materia de formación de las leyes, la crisis de representación política se manifiesta en la incapacidad real del poder legislativo de dar respuesta de forma rápida y consistente a las demandas sociales, producto del hiperpresidencialismo y la concentración del poder, además del recientemente modificado sistema binominal, hoy reemplazado por uno proporcional (Ley N° 20.840, 2015). De esta manera, las crecientes demandas de la ciudadanía se han visto desplazadas sostenidamente durante los últimos 40 años. Una ciudadanía que se ha formado cívicamente en el lado de los espectadores, mientras la tan anhelada democracia se realiza en manos de unos pocos, los cuales además son elegidos por ella, en el acto más republicano y máxima expresión de la democracia chilena: el voto. Un voto que además, hasta hace poco, sólo parcialmente incidía en quién o quiénes resultan electos.

Desde esta perspectiva, no es el concepto mismo de democracia el que se encuentra en crisis, sino sus distintas manifestaciones, las que muchas veces poco tienen que ver con su definición clásica de “gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”. En este sentido, pensamos que ante la pregunta de cuál es la democracia que se encuentra en crisis, la respuesta es que justamente son las variantes de la democracia liberal. Para precisar este punto, seguiremos la crítica de Chantal Mou-

ffe al liberalismo, que plantea que mediante la negación del conflicto y a través de la búsqueda incesante de consensos, éste ha errado en interpretar de un modo adecuado la política democrática (Mouffe, 2009).

Para Mouffe, el liberalismo actual no ha logrado escapar de sus dos principales posturas, la democracia deliberativa y la democracia agregativa, es decir, del racionalismo ni el individualismo, lo cual no le permite comprender a cabalidad la naturaleza de lo político, ya que ese individualismo lo incapacita de comprender la formación de identidades colectivas, y las identidades políticas son siempre colectivas. Siempre habrá un ‘nosotros’ que solamente puede existir a partir de la demarcación de un ‘ellos’ (Mouffe, ob. cit). Plantear una radicalización de la democracia implica distanciarse de ambas vertientes de la democracia liberal.

En primer lugar, respecto de la democracia deliberativa, el distanciamiento surge por el fundamento mismo de la política. A saber, uno de los principios centrales de la democracia deliberativa es que las cuestiones políticas son susceptibles de tratamiento racional, porque su naturaleza es moral. Esto implica que para el ideal deliberativo, una sociedad democrática aspira a la creación de un consenso racional, de decisiones imparciales, en interés de toda la ciudadanía, el cual sería alcanzado por medio de procedimientos deliberativos apropiados. Para Mouffe, la tendencia teórica que describimos, en su intento por asimilar la política a la moralidad, entendida en términos racionalistas y universalistas, elimina el antagonismo de la política, cuestión que es inerradicable. Entonces, como consecuencia del desplazamiento de la política por la moralidad, el exceso de énfasis en el consenso, junto con la aversión hacia la confrontación, se ha generado una “creciente desafección hacia las instituciones democráticas liberales, que se manifiesta a través de la declinación de la participación electoral o de la atracción que ejercen los partidos populistas de derecha que desafían al *establishment* político”. (Mouffe, ob. cit).

Siguiendo este razonamiento, negar el antagonismo inherente a la política es una pretensión que no resiste ni el más mínimo golpe de realidad. En esta línea, coincidimos en que la política es un dominio en el cual siempre es razonable esperar discordia, y que el negar el consenso racional no implica socavar la democracia. La autora propone

que en una democracia radical pluralista, los desacuerdos son legítimos y necesarios, ya que permiten el surgimiento de diversas formas de identificación ciudadana. Si no existen estas formas de identificación, el principal peligro radica en la posibilidad de que surjan formas de política que se articulan en identidades esencialistas, como el nacionalismo, la religiosidad o la etnicidad. Al respecto, concordamos también con el planteamiento de Novoa Monreal, quien señala que la democracia requiere de un profundo respeto por las ideas minoritarias o disidentes, lo cual no supone aceptar abusos ni mucho menos permitir que quienes están dispuestos a terminar con ella triunfen en su objetivo. Precisamente, una democracia debe defenderse, y en esta tarea, deberán adoptarse restricciones de derechos a quienes abusen de la democracia o pretendan acabar con ella (Novoa, 1983).

Otro argumento para el distanciamiento de la democracia deliberativa es que la idea de constitución histórica (Nino, 2009) devela una concepción conservadora del Derecho y la política, de la cual se sigue sólo la imposibilidad teórica de poder generar un nuevo modelo, entendiendo como límites materiales aquellos que provienen de la tradición jurídica de un país. Aquí, la prudencia conservadora advierte sobre las rupturas con la tradición constitucional, pero en nuestro caso, dadas las Constituciones que ha tenido Chile y una tradición mayoritariamente autoritaria, romper con esa tradición es romper con el autoritarismo. Es una cuestión política.

Por otro lado, y opuestamente a lo que se ha expuesto por algunos autores como dos teorías incompatibles, vemos como en la práctica y en la doctrina, no existe una real dicotomía entre la democracia representativa y la democracia directa. Estos dos sistemas se entremezclan, difuminando sus diferencias, por ejemplo, en lo que se ha denominado democracia participativa. Esta forma de democracia presenta características de ambos modelos, demostrando que la diferencia entre uno y otro es más bien una cuestión de niveles. Actualmente, con la inclusión de la participación ciudadana en los sistemas de gobierno, en mayor o menor medida, una democracia puede adquirir mayores características de un modelo directo de participación, sin dejar de ser fuertemente representativo, como es el caso en que la participación ciudadana no es vinculante, sino consultiva. En el mismo sentido, una democracia altamente participativa mediante mecanismos directos,

puede mantener algunas características del modelo representativo, sin por eso perder su carácter mayoritariamente directo. Por tanto, no es que el modelo de representación sea contradictorio con la democracia directa, sino que en muchos aspectos puede (y debe) ser superada por ella. Es decir, la democracia puede ser radicalizada también en sus aspectos participativos.

1.2. La radicalización de la democracia

Postular que la democracia debe ser radicalizada significa ofrecer una alternativa real al neoliberalismo, y si bien la búsqueda por una Nueva Constitución no puede entenderse como un fin en sí misma, la primera tarea de todas las izquierdas en Chile es transitar de manera efectiva hacia la democracia (Pérez Soto, 2014) mediante una Nueva Constitución que remueva las bases ideológicas de la anterior.

Para ilustrar mejor nuestra posición, radicalizar la democracia implica, como mínimo, la descentralización progresiva de la operación del Estado, con una drástica descentralización del gasto estatal. Así, el Estado distribuye los recursos y los ciudadanos deciden el gasto, lo que importa que el presupuesto del Estado debiera distribuirse bajo la modalidad de presupuestos participativos, asegurando porcentajes mínimos a los servicios básicos, como salud, educación y transporte. Estos porcentajes mínimos serían las únicas limitaciones. Además, debe establecerse una transparencia radical de la función administrativa, contemplando la sujeción de todos los funcionarios del Estado a inhabilidades, incompatibilidades y declaración de bienes, las cuales para evitar la corrupción, deben establecerse por plazos de 10 años anteriores y posteriores al ejercicio del cargo.

En términos de participación política ciudadana vinculante, una Nueva Constitución debe garantizar los mecanismos democráticos y de decisión popular reales y efectivos, y no el orden o la libertad liberal. Entre estos procedimientos o fórmulas democráticas directas, y otras fórmulas de incremento de la participación social, destacan entre las más relevantes el referéndum, el veto legislativo, la iniciativa legislativa popular, la revocatoria de mandato, la asamblea o cabildo abierto, y el plebiscito. En Chile, ninguno de estos mecanismos se encuentra consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, a excepción del plebiscito,

sin embargo, dado lo difícil de su aplicación práctica, consideramos que sólo es una consagración nominal carente de efectividad.

Entonces, no es que la representación sea en sí misma un modelo fallido de democracia, sino que debe ser radicalizada hacia las características de la democracia directa. En palabras de Novoa Monreal, “la democracia es algo más que la entrega de un voto para elegir a gobernantes o a representantes del pueblo: ella exige una participación activa y consciente de todos en el examen y decisión de los problemas sociales y en el cumplimiento de los acuerdos producidos” (Novoa, 1983).

Para algunos, los mecanismos y procedimientos característicos de la democracia directa consisten en fórmulas de corrección a los excesos de la democracia representativa tradicional, ya que permite al pueblo hablar directamente o enmendar los errores de las autoridades electas cuando éstas no han interpretado cabalmente su voluntad (Maira, 1988). Precisamente, la salida a la crisis, sólo puede provenir de dar respuesta efectiva a las reivindicaciones ciudadanas, ampliando radicalmente las esferas de decisión popular, especialmente hacia aquellas áreas que constituyen las decisiones políticas más relevantes para el país. No resulta extraño que los movimientos sociales, los partidos de izquierda, la sociedad civil, demanden participación en las grandes decisiones, proponiendo nuevos puntos de vista y alternativas, buscando incidir y reclamando no ser simplemente un órgano consultivo.

De esta manera, la respuesta pasa por democratizar el poder. El ejercicio democrático exige que la soberanía resida en el pueblo, por el derecho de éste a gobernarse a sí mismo. Sostener lo contrario socava la voluntad popular mayoritaria, y por lo tanto, implica anular el concepto mismo de democracia. Radicalizar la democracia en Chile significa garantizar que el ejercicio soberano del pueblo sea real y no tan sólo una declaración de principios.

2. Iniciativa popular de ley como mecanismo democrático para la actividad legislativa

En este apartado abordaremos cuál es el mecanismo de iniciativa legislativa vigente en el país, luego, entregaremos un concepto de iniciativa popular de ley, sus características, cómo ha sido consagrada en el dere-

cho comparado y las principales discusiones y argumentaciones, tanto a favor como en contra de este mecanismo.

2.1. Mecanismos de iniciativa legislativa en Chile

Para comenzar, no existen antecedentes en ninguna Constitución chilena de haberse consagrado la iniciativa popular como mecanismo de iniciativa legislativa. No obstante ello, no es un asunto que no haya sido discutido tanto por políticos como por juristas. Las propuestas formales más recientes han sido dos proyectos de ley presentados ante el Senado²²⁴, uno de los cuales se encuentra actualmente archivado.

En Chile, la iniciativa legislativa está reservada sólo a el/la Presidente/a de la República mediante mensaje o a alguna de las Cámaras mediante moción parlamentaria. Así, el inciso primero del artículo 65 de la Constitución Política de Chile señala: “Las leyes pueden tener origen en la Cámara de Diputados o en el Senado, por mensaje que dirija el Presidente de la República o por moción de cualquiera de sus miembros. Las mociones no pueden ser firmadas por más de diez diputados ni por más de cinco senadores.”

La historia del artículo 65 de la Constitución de 1980²²⁵ nos muestra la intención del constituyente de reservar, de forma exclusiva y excluyente la iniciativa legislativa a la moción parlamentaria y al mensaje presidencial. Sin embargo, a pesar de la creencia popular de que las formas de democracia directa o semidirecta se promueven exclusivamente entre las posturas políticas de izquierda, entre los juristas y pro-

²²⁴ Proyecto de ley, Boletín N° 7916-07, en primer trámite constitucional en el Senado. El proyecto ingresó en septiembre del año 2011, fue archivado en marzo de 2014 y desarchivado por decisión de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en enero de 2015. Anteriormente, se presentó un proyecto de similar contenido, el cual fue archivado el año 2007.

²²⁵ El texto del artículo 65 fue fijado en virtud del Decreto Ley N° 3464 del 11 de agosto de 1980, como artículo 62. Posteriormente, en virtud del Decreto N° 100 de fecha 17 de septiembre de 2005, se fijó el actual texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República, cambiando su numeración a artículo 65. Los miembros de la CENC que estuvieron encargados de estudiar y discutir lo relativo al Congreso Nacional, las atribuciones exclusivas de cada una de sus ramas, y otros asuntos relacionados con esta misma materia fueron Jaime Guzmán, Sergio Diez, Juan de Dios Carmona y Enrique Ortúzar, según la propia distribución de las materias que realizara la Comisión en su Sesión N° 334.

fesores invitados a la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC), existió un pequeño debate respecto de la inclusión de una iniciativa legislativa popular, en particular respecto a la incorporación de la participación de los gremios en el parlamento. En las primeras discusiones respecto de la iniciativa legislativa existieron voces a favor de este mecanismo, donde el argumento político para defender la incorporación de estos mecanismos era precisamente, cederles un margen de participación y decisión a los gremios, intentando con esto evitar su “utilización política” por partidos y movimientos de izquierda (BCN, 2005)²²⁶, otros lo consideraron un mecanismo propicio para corregir los vicios del sistema parlamentario²²⁷. Luego, en sesiones posteriores, dicha Comisión acordaría, sin mayores argumentos, excluir de la Constitución²²⁸ la iniciativa popular.

2.2. Características de la iniciativa popular de ley

La iniciativa popular de ley o iniciativa legislativa ciudadana es una forma de participación en la cual los ciudadanos, mediante una organización social o grupo de personas naturales, generan e introducen un proyecto de ley al debate legislativo, que debe ser tramitado posteriormente por el parlamento. Esta iniciativa popular generalmente va aparejada a una serie de requisitos formales, como una cantidad elevada de firmas que lo respalden, una nómina de patrocinadores, entre otros.

La iniciativa puede ser simple o formulada; fuerte o débil; meramente legislativa, constituyente o abrogatoria. Así, la iniciativa será simple si

²²⁶ El Profesor de la Universidad Católica, Carlos Cruz-Coke, manifestó ante la Comisión que: “Debe otorgárseles a los representantes de las entidades gremiales (Sindicatos, Colegios Profesionales, Gremios económico-sociales, Universidades, Centros de Madre, Juntas de Vecinos, etc.), una palabra categórica y decisoria en el futuro de nuestra legislación. Ellos deben contar con iniciativa legislativa, deben tener derecho a veto a las resoluciones que adopte la Cámara Política. (...) De otra manera, la politiquería los volverá a “castrar” políticamente, y sólo los utilizará como lo hizo el marxismo con los sindicatos industriales y la Democracia Cristiana con el campesinado, cuando sus imperativos ideológicos lo juzgaron necesario.”

²²⁷ Biblioteca del Congreso Nacional, ob. cit.

²²⁸ En la Sesión N° 349, Raúl Bertelsen hizo presente “la conveniencia de excluir conscientemente la iniciativa popular en materia legislativa”. Luego, en la Sesión N° 351, del 18 de Abril de 1978, se excluye definitivamente por la Comisión este mecanismo.

se limita a entregar una propuesta que invite a legislar sobre una determinada materia, y formulada cuando se realice mediante la presentación de un proyecto de ley ya redactado. Asimismo, una iniciativa será fuerte cuando la ciudadanía participe directamente en la generación de la propuesta y su aprobación a través de referéndum, y será débil cuando el proyecto de ley presentado por la ciudadanía esté sujeto a la tramitación del Congreso para su aprobación. Por ejemplo, en Ecuador, quienes proponen la iniciativa popular participan, mediante representantes, en el debate del proyecto en el órgano correspondiente, el cual tendrá un plazo de ciento ochenta días para tratar la propuesta; si no lo hace, la propuesta entrará en vigencia (Const., 2008). Otra forma es la contemplada en la Constitución de Colombia, la cual señala que la iniciativa popular será tramitada por el Congreso, pero que los ciudadanos proponentes tendrán derecho a designar un vocero que será oído por las Cámaras en todas las etapas del trámite (Const., 1991).

Por otra parte, una iniciativa será meramente legislativa cuando sólo se consagre el derecho a presentar iniciativas para la creación o modificación de leyes o normas con jerarquía legal, pero existe también en varios países la iniciativa popular constituyente, que permite la reforma constitucional a través de iniciativas populares que cumplan ciertos requisitos, los que suelen ser más estrictos que para las otras clases de iniciativa. Finalmente, la iniciativa puede tener como finalidad que se derogue una ley vigente, la cual se denomina iniciativa popular abrogatoria.

No obstante, todas estas distinciones constituyen tan sólo un ejercicio académico, ya que en la práctica se combinan en sus diferentes formas. Por ejemplo, en Suiza, cuando se trata de reformas constitucionales parciales debe presentarse un proyecto escrito, y si se trata de iniciativas generales que solicitan la adopción, la modificación o la abrogación de disposiciones constitucionales o legislativas, deben presentarse en forma de una propuesta genérica (Soto Barrientos, 2012). Precisamente, uno de los modelos más citados es el de la Constitución suiza, la cual establece que la iniciativa estará sometida al voto de la población y de los cantones, la Asamblea federal recomendará su aceptación o rechazo, y en este último caso, ésta podrá plantear un contraproyecto. Sin embargo, nos parece más interesante el caso ar-

gentino, cuya cultura jurídica y política se relaciona de forma mucho más cercana con la nuestra, y la cual analizaremos en el apartado siguiente, cuando veamos el derecho comparado.

2.3. La iniciativa popular de ley en el derecho comparado.

En Latinoamérica, los países que han consagrado la iniciativa popular de ley son, Argentina (Buenos Aires), Colombia, Ecuador, México (D. F.), Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. En Europa, los países que contemplan la iniciativa popular de ley en sus respectivas constituciones son: Alemania (Baviera), Italia, Portugal, Hungría, Lituania, Francia, España, Suiza y también se encuentra consagrada en la Unión Europea. En Estados Unidos, sólo los Estados de California, Massachusetts, Ohio y Washington contemplan la iniciativa popular de ley.

Existen varias formas en las que este mecanismo se ha consagrado en la legislación comparada, las cuales abordaremos brevemente, con el fin de entregar un panorama general del funcionamiento de la iniciativa popular de ley en el mundo. Para esto, hemos distinguido las cuestiones que nos parecen más relevantes al momento de identificar sus características, según si están contempladas como un derecho constitucional; según si se permiten iniciativas simples o formuladas, o ambas; según cuál es el quórum que requieren para ser presentadas; si es que tienen límites y cuáles son éstos, y; si se trata de iniciativas meramente legislativas, o si se han reconocido también, la iniciativa popular constituyente y abrogatoria.

Algunos países consagran este mecanismo como un derecho constitucional de la ciudadanía. Por ejemplo, Perú señala en su Constitución que los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum, iniciativa legislativa, remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas (Const. 1993). Asimismo, Paraguay reconoce el derecho a la iniciativa popular a los electores para proponer al Congreso proyectos de ley. En esta misma línea, Venezuela, en el Capítulo IV de su Constitución, “De los Derechos Políticos y del Referendo Popular”, entre los mecanismos de parti-

cipación política²²⁹ y lo que en ese país se denomina “protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía”, consagra la iniciativa popular legislativa, constitucional y constituyente. Asimismo, la Constitución argentina establece que los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. Ante esto, el Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses (Const., 1994). Por otra parte, en Suiza la participación ciudadana directa no se encuentra regulada en la Constitución como un derecho o principio, sino más bien en forma de mecanismos participativos concretos. Estos mecanismos son la iniciativa popular de ley y el referéndum (Soto Barrientos, 2012).

Respecto del apoyo ciudadano que se requiere para presentar una iniciativa popular de ley, esto es, la cantidad de firmas exigidas para presentar una iniciativa popular de ley, en Ecuador, por ejemplo, pueden presentar proyectos de ley un grupo de personas que como mínimo equivalga al 0, 25% de las inscritas en el padrón electoral (Const., 2008, Art. 103). En Colombia, un número igual o superior al cinco por ciento del censo electoral existente en la fecha respectiva o el treinta por ciento de los concejales o diputados del país. Por otro lado, en Uruguay, “el veinticinco por ciento del total de inscriptos habilitados para votar, podrá interponer, dentro del año de su promulgación, el recurso de referéndum contra las leyes y ejercer el derecho de iniciativa ante el Poder Legislativo” (Const., 1967). En Europa, la Constitución italiana prescribe que “El pueblo ejercerá la iniciativa de las leyes mediante la proposición por cincuenta mil electores como mínimo de un proyecto articulado”. Italia contempla además el referéndum derogatorio de leyes (Const., 1947, Art. 75)²³⁰. Siguiendo con los países

²²⁹ “Artículo 70. Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; (...)” En: http://www.cgr.gob.ve/site_content.php?Cod=048

²³⁰ El artículo 75 dispone que se “celebrará referéndum popular para decidir sobre la derogación total o parcial de una ley o de un acto con fuerza de ley cuando lo soliciten 500. 000 (quinientos mil) electores o cinco consejos regionales. No se admitirá el referéndum para las leyes tributarias y presupuestarias, de amnistía y de indulto, ni de autorización para ratificar tratados internacionales. Tendrán derecho a participar en el referéndum todos los ciudadanos llamados a elegir la Cámara de Diputados. La propuesta sometida a referéndum será aprobada si ha participado en la votación la mayoría

Europeos, los requisitos para la iniciativa popular en la Constitución suiza son presentar una propuesta popular de 100.000 ciudadanos con derecho a voto, en un plazo de 18 meses a contar desde la publicación oficial de su iniciativa, y someterla al voto del pueblo. Por otra parte, la Constitución española se refiere a que para la elaboración de las leyes, las iniciativas populares exigirán no menos de quinientas mil firmas acreditadas (Const. 1978, Art. 87), siendo España uno de los países que mayor quórum exige.

En algunos países, la iniciativa popular de ley ha sido abordada estableciendo expresamente los límites de su ejercicio, en otros casos, estos límites no son tan claros, por lo que parecieran permitir una mayor flexibilidad en su utilización. A modo de ejemplo, en Uruguay existe una restricción expresa para ejercer la iniciativa popular legislativa, en tanto la Constitución establece que estos mecanismos no son aplicables con respecto a las leyes que establezcan tributos, ni en los casos en que la iniciativa sea privativa del Poder Ejecutivo (Const., 1967). En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, las materias excluidas de iniciativa popular son los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal. En el mismo sentido, la Constitución de Portugal permite la iniciativa legislativa, así como la de referéndum compete, a grupos de ciudadanos con derecho a voto. En este país existen límites no sólo para las iniciativas populares, sino que en cualquiera que no provenga del Gobierno; por ejemplo, los Diputados, los grupos parlamentarios, las Asambleas Legislativas de las regiones autónomas y los grupos de ciudadanos con derecho a voto no pueden presentar proposiciones de ley, proyectos de ley, propuestas de enmienda o proyectos de referéndum, que impliquen un aumento de los gastos o una disminución de los ingresos del Estado previstos en los Presupuestos (Const., 1976, Art. 167)²³¹. España, también, establece como materias prohibidas para la iniciativa popular, las propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, y lo relativo a la prerrogativa de gracia.

de quienes tengan derecho a hacerlo y si se alcanza la mayoría de los votos válidamente emitidos. La ley determinará las modalidades de celebración del referéndum.”

²³¹ Este país introduce una novedad en las normas constitucionales que rigen la formación de las leyes, consagrando la caducidad de los proyectos de ley y de referéndum en el momento en que cesa el Gobierno. Lo mismo sucede con los proyectos que provienen de las Asambleas Legislativas de las regiones autónomas.

Una distinción muy relevante consiste en identificar los alcances de una iniciativa popular legislativa. En este sentido, sus alcances y su importancia serán diferentes si se trata de iniciativa popular legislativa, constituyente o abrogatoria. A modo de ejemplo, en Uruguay, además de la iniciativa popular de ley, se reconoce la iniciativa para la reforma de la Constitución, estableciendo que ésta podrá ser reformada, total o parcialmente, por iniciativa del diez por ciento de los ciudadanos, presentando un proyecto articulado que debe elevarse al Presidente de la Asamblea General, y que debe ser sometido a la decisión popular, en la elección más inmediata. Esto resulta muy interesante, ya que si la Asamblea General, en reunión de ambas Cámaras, quiere formular proyectos sustitutivos de la reforma, debe someterlos a un plebiscito, conjuntamente con la iniciativa popular original. También existe esta forma de iniciativa en Colombia y en Suiza, donde además de la denominada iniciativa popular general, la iniciativa de ley se puede proponer para la reforma total y parcial de la constitución (Const., 1999, Arts. 138 N° 17 y 139, N° 15 y 16).

Como se anunció, una modalidad interesante de iniciativa popular de ley es la establecida en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siendo sus requisitos comunes que el texto se presente en forma de ley, con un respaldo del 1, 5% de firmas (Const., 1853). Pero cuando la Legislatura no hubiera tratado en el plazo establecido un proyecto de ley por procedimiento de iniciativa popular que cuente con más del quince por ciento de firmas del total de inscriptos en el padrón de la Ciudad, el Jefe de Gobierno debe convocar a un referéndum vinculante y obligatorio. Esto último es algo que debiese contemplar toda iniciativa popular, ya que precisamente de lo que se trata es de entregar poder vinculante a la ciudadanía, especialmente cuando en ella converge un número importante de voluntades.

2.4. Discusiones y argumentos en torno a la iniciativa popular de ley

Respecto de los mecanismos de participación directa de la ciudadanía, se han esbozado una serie de críticas, de las cuales se han seleccionado aquellas que se dirigen contra la iniciativa popular de ley, o coinciden en su fundamento con una crítica a este mecanismo en particular. A

continuación, se presenta una síntesis de los principales argumentos contrarios a la iniciativa popular legislativa, y ante cada uno se propone una contraargumentación a favor.

Un primer argumento en contra es que existe una desigualdad de conocimientos técnicos entre la ciudadanía y el aparato burocrático sobre los temas a discutir y sobre el proceso de toma de decisiones. La exclusión de la participación directa de la ciudadanía por carecer de conocimientos técnicos constituye un argumento elitista que da por supuesto que la ciudadanía es incapaz de incorporar, mediante el aprendizaje y la práctica, esos nuevos conocimientos a fin de expresar en términos formales sus necesidades e iniciativas.

En segundo lugar, algunos autores sostienen que la democracia directa es peligrosa, por el riesgo de un posible uso demagógico de estas instituciones, mediante su instrumentalización política. Esto se daría en aquellas situaciones en que las autoridades políticas tratan de poner en marcha procedimientos participativos sólo para justificar las decisiones ya tomadas, o cuando ignorar la opinión del público afectado puede poner en peligro la continuidad de un proyecto. En esta lógica argumentativa, el objetivo último de las autoridades políticas es procurarse legitimidad adicional y conseguir mayor aceptación para las políticas debatidas (Ruano de la Fuente, 2010). No obstante, una forma de evitar la instrumentalización de estos mecanismos de participación directa, es que éstos se relacionen entre sí, de modo que exista un sistema de participación ciudadana y no mecanismos aislados. Por ejemplo, una iniciativa popular de ley debiera ser refrendada al finalizar su tramitación y el plebiscito debiera ser el mecanismo establecido en la Constitución, por cual se decidan los temas relevantes para el país, al menos una vez al año. De esta manera, la oportunidad está previamente determinada por el ordenamiento jurídico y no puede ser utilizada a discreción por la autoridad.

En la misma lógica de la crítica anterior, la instrumentalización es posible también gracias a otros factores, como la falta de pluralismo en los medios de comunicación social. Así, este argumento es razonable si se piensa en la influencia que ejerce en las personas el discurso predominante que reproducen los medios de comunicación masiva, capaces de manipular -debido a la concentración de estos medios en las manos de unas pocas pero enormes empresas privadas- la voluntad

popular. Sin embargo, si garantizáramos el ejercicio soberano del poder, si pudiésemos realizar de forma sistemática el ejercicio democrático, la ciudadanía se auto-formaría en las acciones cívicas más allá del voto electoral. Tarde o temprano, se masificaría la conciencia cívica. Así, como señalaremos más adelante, sostener que incorporar mecanismos de democracia directa en la Constitución es dejar al pueblo a merced de demagogos y populistas, es realmente un argumento en el subyace un no reconocido temor a las mayorías.

Por otro lado, la idea de excluir al pueblo de las decisiones constitucionales o legislativas, pone de manifiesto el paternalismo con que se gobierna, en la pretensión autoritaria de ver a los gobernados como seres irracionales que no deben interferir en decisiones como el tipo de Constitución que desean o cuáles leyes consideran relevantes para su legislación. En este sentido, “el contenido de lo que se protege no es pues, lo racional frente a las pasiones, sino que muy bien puede ser al revés, lo pasional e interesado de los constituyentes que se blindan frente a la racionalidad de las futuras generaciones democráticas.” (Laporta, 2007).

Otra crítica importante a los mecanismos directos es que la desafección política ha calado tan hondo en la sociedad, que a la mayoría de la ciudadanía no le interesa salir a votar, y por lo tanto, la representatividad de las decisiones tomadas mediante estos mecanismos va a ser muy baja. Además, la implementación de votaciones resulta un gasto extra para el Estado, de modo que no resulta conveniente para el presupuesto nacional realizar muchos procesos electorarios o de consulta. Sin embargo, existen casos exitosos de votaciones electrónicas, como por ejemplo en Venezuela, y en países como España donde se permite la firma electrónica para apoyar iniciativas legislativas populares. La masificación de las tecnologías permite hoy en día facilitar los procesos de participación, además de disminuir considerablemente su costo.

Finalmente, se ha argumentado que la participación crea ciertas expectativas en los ciudadanos, como ser escuchados e influir en las decisiones colectivas, lo que puede modificar el ejercicio del poder político y cuya insatisfacción puede realimentar la desafección política y la desconfianza en las instituciones. No obstante, este agotamiento ciudadano suele suceder cuando existen mecanismos de participación

no vinculantes y la autoridad toma sus decisiones sin considerar lo manifestado por la ciudadanía consultada, lo cual genera la sensación en las personas que su dedicación y participación no son tomadas realmente en cuenta, y se produce un distanciamiento aun mayor con una consecuente baja en la participación.

En principio, esto es cierto cuando se incorporan mecanismos de participación que no transfieren realmente el poder a los ciudadanos, que no son vinculantes. Para evitar una posible nueva desafección, el ejercicio ciudadano de participación debe derivar en una decisión vinculante, o se producirá el agotamiento propio de quien realiza un acto que promete ser transformador en el discurso, pero que luego no conduce a un cambio real.

3. Iniciativa popular de ley para el caso chileno

Para concluir, y a modo de propuesta, una iniciativa popular en Chile, en primer lugar, debiese tener pocos requisitos formales para no transformar en imposible la presentación de una propuesta. En este sentido, bastaría con la formulación de un proyecto de ley y el apoyo ciudadano mediante una cantidad razonable de firmas, la cual pensamos podría ser del 1% de los ciudadanos²³². En este caso, la iniciativa debe ingresar como cualquier proyecto de ley al Congreso, con la habilitación de una cantidad de representantes que puedan tener voz durante su tramitación. Si la propuesta reuniera el 5% de apoyo ciudadano, entonces la iniciativa debe someterse a referéndum vinculante y obligatorio.

En segundo lugar, respecto de la titularidad de la iniciativa, esta podrá provenir de una persona jurídica sin fines de lucro o de un grupo de ciudadanos, y en ambos casos siempre con el respaldo de una cantidad mínima de firmas. Para resolver la dificultad de recolectar semejante cantidad de firmas y certificarlas, nos parece que lo más útil sería poder firmar mediante una página web habilitada para tal efecto, de la misma manera en que se realizan las votaciones electrónicas en cual-

²³² Personas con derecho a voto en Chile son aproximadamente 13.388.000, según datos del SERVEL (2012), por lo que el 1% de los ciudadanos equivaldría a cerca de 1338 personas.

quier parte del mundo. Así, con el apoyo de la tecnología es más simple para estas iniciativas recoger la voluntad ciudadana.

En tercer lugar, una modalidad que compartimos, es que los proyectos de ley que ingresen al Congreso mediante este mecanismo tengan urgencia para su tramitación, y también que, para el caso de su rechazo, exista la posibilidad de solicitar un pronunciamiento de la ciudadanía mediante un referéndum.

Finalmente, consideramos importante señalar, que si bien la consagración de mecanismos democráticos de participación directa en una nueva Constitución para Chile, representa tan sólo una pequeña fracción de todos los cambios a los que podemos aspirar, de todas maneras implica dar un paso más en el tránsito hacia una forma de organización auténticamente democrática de la sociedad chilena.

Bibliografía

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. [BCN] (2005) *Historia de la ley. Constitución Política de la República de Chile de 1980, Artículo 65. Origen de las Leyes e iniciativa exclusiva del Presidente de la República.*
- BOBBIO, N. (1985) *La crisis de la democracia y la lección de los clásicos.*
- BOBBIO, N. (1991). *Liberalismo viejo y nuevo. El futuro de la democracia.* México DF, FCE.
- CUMPLIDO, F. Y NOGUEIRA, H. (1994). *Teoría de la Constitución.* Cuadernos Universitarios, Editorial Universidad Nacional Andrés Bello. Santiago, Chile.
- CRISTI, R. y RUIZ-TAGLE, P. (2014). *El constitucionalismo del miedo. Propiedad, bien común y poder constituyente.* LOM Ediciones, Santiago.
- FERRAJOLI, L. (2005) *La crisis de la democracia en la era de la globalización.* En Anales de la cátedra Francisco Suárez (Vol. 39, pp. 37-67).
- GAJARDO, J. (2014) *El dilema constitucional chileno.* Serie Documentos de Trabajo nº 15, Departamento de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia.
- LAPORTA, F. (2007) *El imperio de la Ley. Una visión actual.* Editorial Trotta.

- MAIRA, Luis. (1988) *La Constitución de 1980 y la ruptura democrática*. Editorial Emisión.
- MOUFFE, Ch. (2014). *Agonística: Pensar el mundo políticamente*. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- MOUFFE, Ch. (2009). *Democracia y pluralismo agonístico*. En: *Democracia y derechos fundamentales desde la filosofía política*. Congreso estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional, 2003 – 2005 – 2007, Artículos seleccionados. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
- MOUFFE, Ch. (2012). *Antagonismo y hegemonía. La democracia radical contra el consenso neoliberal*. En: *Pensar desde la izquierda. Mapa del pensamiento crítico para un tiempo en crisis*. Errata naturae editores. Madrid.
- NINO, C. (2009). *La constitución de la democracia deliberativa*. Editorial Gedisa.
- NOVOA MONREAL, E. (1993). *Una crítica al derecho tradicional. Obras escogidas*. Ediciones del Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar. Colección Chile en el Siglo Veinte. Santiago.
- NOVOA MONREAL, E. (1999). *El derecho como obstáculo al cambio social*. Decimotercera edición. Siglo XXI editores. D. F. México.
- NOVOA MONREAL, E. (1983). *Derecho, política y democracia: (Un punto de vista de izquierda)*. Temis. Edición para internet 17 de mayo de 2006 por el Centro Documental Blest. <http://www.blest.eu/biblio/novoa2/index.html>
- PÉREZ SOTO, C. (2014). *“Marxismo aquí y ahora”*. Editorial Triángulo.
- RUANO DE LA FUENTE, J. (2010). *Contra la participación: discurso y realidad de las experiencias de participación ciudadana*. En: *Política y Sociedad*, Vol. 47 Núm. 3: 93-108. Facultad de Ciencias Políticas y Sociología. Universidad Complutense de Madrid.
- SOTO BARRIENTOS, F. (2012). *“La democracia como forma de Estado: Análisis de los mecanismos de participación directa en la Constitución suiza”*. *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 1, pp. 373-402.
- SOTO BARRIENTOS, F. (2013). *El desafío de la participación. Referendo e iniciativa legislativa popular en América Latina y Europa*. LOM Ediciones. Santiago.
- ZUÑIGA URBINA, F. (Coord.). (2014). *Nueva constitución y momento constitucional. Visiones, Antecedentes y Debates*. Editorial Legalpublishing Chile, Santiago.

- Ley N° 20. 840. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 5 de mayo de 2015.
- Constitución Federal de Suiza [Const.] (1999). Arts. 138 N° 17 y 139, N°s 15 y 16 [Título Cuarto] En: <https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19995395/index.html>
- Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [Const.] (1853). Ed. Legislatura Porteña, 2014. En: <http://www.legislatura.gov.ar/documentos/constituciones/constitucion-ciudad.pdf>
- Constitución de la República Portuguesa [Const.] (1976). Art. 167 n°s. 2 y 3. [Título III] En: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art167>
- Constitución española [Const.] (1978). Art. 87. [Título III] En: http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf
- Constitución de la República del Ecuador [Const.] (2008) En: http://www.asambleanacional.gob.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf
- Constitución de Colombia [Const.] (1991) En: http://www.senado.gov.co/images/stories/Informacion_General/constitucion_politica.pdf
- Constitución de la República Italiana. [Const.] (1947). Trad. Corte Constitucional. En: http://web.archive.org/web/20071006020909/http://www.cortecostituzionale.it/esl/testinormativi/costituzione-dellarepubblica/costituzione_principii.asp
- Constitución de la República Oriental del Uruguay. [Const.] (1967) En: <http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const004.htm>
- Constitución de la Nación Argentina. [Const.] (1994) En: <http://www.senado.gov.ar/deInteres>
- Constitución Política del Perú. [Const.] (1993) En: <http://www.congreso.gob.pe/ntley/ConstitucionP.htm>

HACIA UNA DEMOCRATIZACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO: UNA NUEVA FÓRMULA DE ELECCIÓN DE SUS MIEMBROS

Leonardo ORTIZ y Nicole VÁSQUEZ***

RESUMEN

Hoy, existe un Tribunal Constitucional integrado por tres miembros designados por el Presidente de la República, cuatro elegidos por el Congreso Nacional, y tres elegidos por la Corte Suprema.

La función más importante radicada a este Tribunal es el control de constitucionalidad concentrado de las leyes. Por esto, un órgano de tal envergadura debe ostentar legitimidad e independencia, trayendo consigo un prestigio social indiscutido. No obstante, difícilmente se reunirán tales características si la designación de sus miembros se realiza por mecanismos alejados de toda transparencia y razonabilidad, en los que cada sector político es motivado por la mantención de su *status quo*.

Proponemos, por tanto, una fórmula democrática y transparente en la elección de los miembros de este órgano, que resguardará los valores y principios de la ciudadanía expresados en una nueva Carta Funda-

* Estudiante de cuarto año de Derecho en la Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile. Actualmente, es colaborador de investigación del “*Diccionario Constitucional Chileno*” de Gonzalo García Pino (Ministro del Tribunal Constitucional y profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Alberto Hurtado) y Pablo Contreras Vásquez (profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Alberto Hurtado y de la Universidad Adolfo Ibáñez). Correo electrónico: lortizmesias@gmail.com

** Estudiante de cuarto año de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile. Actualmente, es miembro del Tribunal Supremo de “Izquierda Ciudadana” y perteneciente al “Movimiento de Asamblea Constituyente”. Correo electrónico: n.vasquez@live.cl

mental, cumpliendo con los objetivos que busca la consagración de un sistema de Justicia Constitucional.

1. Introducción

El Tribunal Constitucional es el principal órgano garante de la supremacía constitucional e intérprete de la Constitución. El principio de supremacía constitucional no es más que expresión propia de lo que conlleva un Estado de Derecho y por ello, el Estado de Chile ha considerado necesaria la creación de este órgano, aunque su existencia es ampliamente debatida a nivel nacional e internacional en razón de su prescindencia.

Para llevar a cabo la finalidad de guardián de la Constitución, la atribución primordial radicada al Tribunal Constitucional es el control concentrado de constitucionalidad de las leyes, tanto preventivo como represivo. Por esto, un órgano de tal envergadura debe ostentar legitimidad e independencia, trayendo consigo un prestigio social indiscutido.

No obstante lo anterior, difícilmente se reunirán tales características si la designación de sus miembros se realiza por mecanismos alejados de toda transparencia y razonabilidad, en que cada sector político es motivado por mantener su *statu quo*.

Proponemos, por tanto, una fórmula democrática y transparente en la elección de los miembros de este órgano que resguardará los valores y principios de la ciudadanía expresados en una nueva Carta Fundamental, cumpliendo con los objetivos que busca la consagración de un sistema de Justicia Constitucional.

Para ello, en el primer apartado analizaremos la Constitución como norma jurídica y el principio de supremacía constitucional. En el siguiente apartado, explicaremos lo que implica la existencia de un Tribunal Constitucional en razón de las atribuciones que la Constitución de 1980 establece. Posteriormente, examinaremos la actual forma actual de designación de los Ministros del Tribunal Constitucional y cómo hacer frente a la crítica democrática que se deriva de la actual práctica política respecto de este procedimiento.

2. La Constitución como norma jurídica: “la supremacía constitucional”

La Constitución posee una importancia considerable dentro del ordenamiento jurídico chileno, por cuanto ésta goza de un principio jurídico denominado *supremacía constitucional*. Entenderemos por supremacía constitucional, la posición jerárquica superior que se atribuye a la Constitución respecto de todo el conjunto de normas jurídicas que existe en el sistema jurídico chileno.

Este principio es especialmente relevante para la teoría y dogmática constitucional actual. Y es que principalmente desde el siglo XX, las Constituciones contemporáneas han ido mutando en torno a la función que éstas cumplen, pasando de ser meras declaraciones políticas respecto de un Estado, a convertirse en verdaderas normas jurídicas. En otras palabras, se pasó de hablar de un mero programa político con lineamientos generales, a reales preceptos constitucionales con los efectos propios de toda norma jurídica.

De lo anterior se desprende que es posible someter los preceptos constitucionales a las tres valoraciones comunes de toda regla jurídica propuestas por Bobbio, esto es, “respecto de sus valoraciones de justicia, validez y eficacia” (Bobbio, 1987). Así, podemos valorar si los preceptos constitucionales se corresponden con los valores que inspiran a un determinado ordenamiento jurídico²³³; si el precepto existe como norma jurídica propiamente tal relacionándola con su pertenencia a un sistema jurídico determinado²³⁴; o si los preceptos constitucionales son cumplidos por los destinatarios a los que están dirigidos²³⁵.

La aplicación de uno u otro criterio es una discusión que se acentúa en la filosofía jurídica respecto de la Constitución, en relación a su carácter como norma suprema; pero, dada pero la extensión y tema que debemos tratar, no ahondaremos en esta materia. Sin embargo, es menester mencionar someramente que el criterio de justicia es de aplicación discutida respecto de la Constitución, por cuánto es ésta la que se encarga de expresar aquellos valores y principios que se consideran

²³³ Esto nos conduce a la reflexión sobre la justicia o injusticia de una norma jurídica.

²³⁴ Lo que nos lleva a hablar de validez de la norma jurídica.

²³⁵ Determinando la eficacia de una norma jurídica.

como fundamentales para una sociedad. En relación al criterio de validez, su aplicación es debatida por varios puntos, más aún en el caso chileno: en primer lugar, una norma jurídica sería válida si la autoridad que la promulgó tiene el poder legítimo para expedir normas jurídicas, y ya todos sabemos que la creación de la Constitución de 1980 ha sido profundamente criticada por su validez en cuanto a este punto, por provenir de la dictación de un Decreto Ley en plena dictadura militar; en segundo lugar, se debe comprobar que la norma jurídica no haya sido derogada expresa o tácitamente, y que por aplicación del principio de supremacía constitucional, no cualquier norma jurídica está en condiciones de hacerlo, sino únicamente por medio de una norma jurídica de su misma jerarquía que la modifique, cree o derogue conforme al procedimiento establecido por la misma Constitución en el Capítulo XV de la “Reforma de la Constitución” en los artículos 127 y siguientes. En cuanto al criterio de eficacia de los preceptos constitucionales, es particularmente complejo su determinación toda vez que éstos gozan de un grado mayor de imprecisión o vaguedad por estar expresados en lenguaje natural, y por ser formulados en su mayoría, en clave de principios (cuestión que se da en menor cantidad en el caso de las reglas), dificultando el precisar si su cumplimiento se da o no respecto de sus destinatarios.

Es imposible concebir la idea de supremacía constitucional, sin concebir el Derecho como un sistema jurídico, y a su vez, a la Constitución como parte de dicho sistema, “y ésta no es más que expresión propia de lo que conlleva un Estado de Derecho” (García & Contreras, 2015). Al respecto, como ha apreciado de forma unánime la dogmática constitucional chilena, la Constitución de 1980 consagra en su artículo 6°, el principio de supremacía constitucional, disponiendo en sus incisos 1° y 2°:

“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República”.

“Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.”

En razón de este precepto, la supremacía constitucional tiene valor respecto de los actos realizados por cualquier órgano del Estado, cual-

quiera que sea su naturaleza, respecto de toda persona natural y jurídica, así como de todo ente social o moral.

De lo anterior, también es posible concluir que las normas jurídicas de rango inferior al constitucional, deben ser armónicas con los valores y principios consagrados en los preceptos constitucionales, de modo que ningún precepto debe contrariar la Carta Fundamental, toda vez que éstos serían inconstitucionales. El órgano en el que recae la facultad exclusiva y excluyente de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes es el Tribunal Constitucional, el cual es objeto de la presente investigación. Analizaremos en detalle en el siguiente apartado las competencias o atribuciones de este órgano, así como la importancia nacional que reviste de acuerdo a las competencias que se le atribuyen.

3. El control de constitucionalidad y el Tribunal Constitucional

El artículo 93 de la actual Constitución establece las atribuciones del Tribunal Constitucional, dentro de las cuales, se encuentra el control de constitucionalidad de normas jurídicas. Se contempla un control preventivo, que puede ser obligatorio o no obligatorio, y un control represivo.

El n° 1 del artículo 93 dispone el control preventivo obligatorio, vale decir, aquellos cuerpos normativos que deben ser siempre sometidos a control por el Tribunal Constitucional antes de que adquieran fuerza obligatoria, y que son: leyes orgánicas constitucionales (LOC), leyes interpretativas de la Constitución y tratados internacionales que versen sobre materias de LOC. Dicho control preventivo se realiza una vez que se ha finalizado el proceso de discusión en ambas Cámaras del Congreso. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en virtud de este tipo de control, puede intervenir aun cuando no exista conflicto, ni tampoco una solicitud de parte de los congresistas para resolver diferencias. De esta manera, se le otorga la posibilidad de que los proyectos impulsados por los representantes de la ciudadanía en el Congreso Nacional no sean promulgados, es decir, que no se transformen en ley.

A pesar de que dicho control es obligatorio, consideramos que se trata de un exceso para un sistema democrático contemporáneo, pues

se realiza en base a la desconfianza en el sistema de democracia representativa, deliberativa y participativa. Una excepción a esta crítica, la constituiría el control preventivo obligatorio de tratados internacionales, en la medida de este tipo de control de constitucionalidad respecto de instrumentos internacionales impediría que el Estado de Chile incurriera en una eventual responsabilidad internacional al tener que realizar un control represivo de éstos, generando efectos suspensivos o derogatorios después de que un tratado internacional haya sido ratificado y se encuentre vigente en Chile. Esto último ha sido una cuestión muy controvertida en el Derecho Internacional, por cuanto efectuar un control represivo de constitucionalidad de un tratado internacional supondría desconocer las obligaciones contraídas en virtud de la ratificación de éste, y por consiguiente, en oposición al conocido principio jurídico internacional de *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga).

En cuanto al control preventivo no obligatorio, éste recae sobre “cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso” (artículo 93 n° 3). Esto en la práctica, remite a las posibles o eventuales inconstitucionalidades que pudiere presentar un proyecto de ley, las cuales no son más que fruto de “diferencias políticas entre Gobierno y oposición, que esta última intenta resolver a su favor en el Tribunal cuando es derrotada en el Congreso” (Bassa, Ferrada, & Viera, ob. cit.). También se ha dicho que derivado de esta competencia, el Tribunal Constitucional conoce de problemáticas de especial relevancia política, y por tanto, “a mayor relevancia política de la cuestión debatida, mayores posibilidades de que la minoría parlamentaria alegue una inconstitucionalidad del proyecto en discusión” (Bassa, Ferrada, & Viera, ob. cit.). Ejemplos recientes de ello es el requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de senadores de la oposición en relación al proyecto de ley que substituye el sistema electoral binominal, así como también el requerimiento de inconstitucionalidad presentado por varios senadores respecto del proyecto de ley que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado²³⁶.

²³⁶ Véase sentencia del Tribunal Constitucional Rol 2777-2015 y sentencia del Tribunal Constitucional Rol 2787-2015, respectivamente.

En razón de esta práctica, es posible especular que éste también sea el accionar de la derecha en relación al proyecto de despenalización del aborto en ciertas causales.

Finalmente, el control de constitucionalidad represivo contempla el llamado “requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad” de un precepto legal cuya aplicación resulte contraria a la Constitución, o bien genere un efecto inconstitucional en el caso concreto (artículo 93 n° 6 y n° 7). Este control, en su calidad de represivo, se ejerce contra un precepto legal vigente, el que puede ser requerido de inaplicabilidad por inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional. Como requisito para que pueda ser interpuesto tal requerimiento, debe existir un proceso con una gestión pendiente, pudiendo requerirse a petición de parte o también de oficio por el tribunal ordinario o especial que esté conociendo del asunto. También al respecto, el Tribunal Constitucional puede declarar de oficio como “inconstitucional” cualquier precepto legal que haya sido previamente declarado al menos una vez como inaplicable a un caso concreto. Este requerimiento constituye una práctica forense y un mecanismo muy utilizado por abogados para la defensa de los intereses de sus clientes, por cuanto, se con él se busca evitar que el precepto legal que el juez eventualmente aplicará en el caso concreto pueda generar agravios para sus representados. Por tanto, si existe la posibilidad de que el abogado pueda argumentar jurídicamente a su interés la eventual inconstitucionalidad del precepto legal al caso concreto, sin duda será ésta una vía que no desestimará en llevar a cabo. Por otro lado, este mecanismo frecuentemente se recurre para generar efectos dilatorios en el proceso y extenderlo más de lo debido en aras de recabar la mayor cantidad de tiempo para el desarrollo de una adecuada defensa del caso.

Explicadas las principales competencias que le son atribuidas al Tribunal Constitucional por la Constitución de 1980 y fundamentalmente desde su reforma del año 2005, no cabe más que comprender la relevancia sustantiva que importan los efectos derivados de las atribuciones de este órgano en la realidad nacional. Es empíricamente constatable el carácter político que se asigna al Tribunal Constitucional, más allá de que éste en teoría falle conforme a derecho y esté revestido de todas las formalidades propias que suponen catalogarlo como tribunal en virtud de un Estado de Derecho.

Dado el carácter evidentemente político de este Tribunal, parece necesario que la composición de éste resulte de un procedimiento dotado de razonabilidad y transparencia, en que sus miembros estén alejados de las influencias del Gobierno de turno o de los intereses de la oposición. Un tribunal al que le esté encomendada la tarea de defender la supremacía constitucional, y por lo tanto, la defensa del Estado de Derecho y la democracia de un país no puede funcionar en base a la lucha por la mantención del *status quo*, sino con miras a hacer efectivos los valores y principios constitucionales, así como su protección. Por esto, en el presente artículo proponemos una fórmula democrática del procedimiento de designación de los Ministros del Tribunal Constitucional, para impedir que esta magistratura se desvirtúe en cuanto a sus fines y cumpla adecuadamente los cometidos de guardián constitucional para los cuales ha sido creado y adaptado en base a la experiencia comparada.

4. Una crítica al procedimiento de designación de los ministros del Tribunal Constitucional

La forma en que los Ministros del Tribunal Constitucional son designados constituye uno de los temas menos debatidos y criticados en el ámbito político y académico, con excepción de unos pocos profesores de Derecho (Contreras, 2014, 2015)(Soto, 2014)(Zapata, 2014) (Bassa, y otros, 2013)(Arancibia Mattar, y otros, 2014) que han dado un paso adelante y han expuesto las deficiencias de la consagración constitucional de este procedimiento, así como la práctica política que esto ha traído como consecuencia. Así las cosas, las amplias atribuciones radicadas en este órgano desde la reforma constitucional del año 2005 –expuestas en el apartado anterior– y la falta de transparencia y razonabilidad con la que se han llevado a cabo los procesos de designación de Ministros por parte de aquellos órganos facultados para ello, nos han motivado a plantear este estudio.

Recientemente, se ha dicho de forma muy acertada que dadas las amplias funciones que la Constitución le otorga a este tribunal, “se ha transformado en una pieza clave para el proceso político; casi podría decirse que, para ciertas materias, el proceso legislativo es tricameral” (Bassa, Ferrada, & Viera, ob. cit.) Esto, unido a la diversidad de facto-

res y particulares características que atañen al Tribunal Constitucional, nos permite declarar que se trata de un organismo con amplias competencias políticas e institucionales, con apariencia de tribunal que actúa prácticamente sin control institucional, usando cuestionables criterios de interpretación, en donde los miembros que lo componen son designados por factores políticos, y sin ningún tipo de transparencia o escrutinio público que permita en alguna medida analizar y verificar la adecuada designación realizada por las fuerzas políticas dominantes en el Congreso Nacional.

Luego de la reforma del año 2005 a la orgánica del Tribunal Constitucional, se modificó el mecanismo de elección de sus integrantes, relegando de la facultad de designación de miembros de la jurisdicción constitucional al Consejo de Seguridad Nacional, que le había sido entregada en los tiempos de la dictadura militar. Como consecuencia, se aumentó el número de miembros que lo componen y con ello, se generaron espacios de “legitimidad democrática indirecta” (Nogueira, ob. cit.), toda vez que una mayor cantidad de miembros de este Tribunal son escogidos por órganos de representación popular. Sin embargo, lo que en teoría podría resultar ser un fortalecimiento de la democracia, en la práctica ha creado una mayor politización de los miembros del Tribunal Constitucional, producto de “la ausencia de un adecuado mecanismo de control para el ejercicio de esta atribución y de un estándar objetivo de transparencia y publicidad” (Bassa, Ferrada, & Viera, ob. cit.)

Esta politización puede terminar socavando la labor jurisdiccional que le es propia a un tribunal: la impredecibilidad de los fallos. Esto, debido precisamente a que los Ministros elegidos pertenecen a las mayorías partidarias elegidas en el Congreso, y sus fallos serán acordes a sus propias convicciones políticas, por sobre la labor jurisdiccional a que están llamados a ejercer.

Proponemos una fórmula para prescindir del exceso de politización que existe en el Tribunal Constitucional, pues, consideramos que es necesario que dicho órgano tenga una cuota de reflexión, o como mínimo conocimiento político, dada la multiplicidad de sus funciones arraigadas necesariamente a un origen –al menos desde su nombramiento– político.

Dicha fórmula, consiste en resguardar y garantizar las funciones del Tribunal Constitucional en el entendido de que éstas queden restringidas rigurosamente a lo establecido por la Constitución. De esta manera, el objetivo es elevar el estándar en materias fundamentales para la justicia constitucional desde dos perspectivas que no se encuentran en la legislación actual: en primer lugar, respecto del nombramiento de los Ministros, se busca aumentar la transparencia del procedimiento, entregando a la ciudadanía participación por medio de consultas públicas vinculantes que generen discusión respecto de la integración del Tribunal Constitucional. En segundo lugar, la no justiciabilidad de conflictos que resulten esencialmente políticos, teniendo claridad sobre los criterios de interpretación constitucional que se van a utilizar para resolver la contienda, como también la limitación de sus competencias establecidas estrictamente por la Constitución.

Consideramos relevante que al menos el mecanismo de designación en la composición de los Ministros del Tribunal Constitucional se modifique en el corto plazo, también siendo parte de los propósitos de este trabajo, el emplazamiento a quienes tienen la facultad de designación por medio de este procedimiento, así como de su eventual reforma:

a. Sobre la transparencia en el proceso de elección de los Ministros del Tribunal Constitucional

Estimamos necesario que en el corto plazo, se transparenten los procesos de elección de los miembros del Tribunal Constitucional, por cuanto éstos deben sujetarse a los principios constitucionales de transparencia y publicidad consagrados en el artículo 8° de la Constitución chilena, así como a la Ley de Transparencia; o bien exponiendo públicamente los criterios objetivos y calificativos que justifican la preferencia de un candidato por sobre otro, asegurando de esta manera el correcto desempeño del Tribunal. En efecto, el adecuado cumplimiento de dichas exigencias se puede asegurar por medio de:

1. La definición del perfil del magistrado o magistrada del Tribunal Constitucional.
2. La adopción de medidas destinadas a velar por la publicidad del proceso así como la participación de la sociedad civil en su vigilancia, entre las que es posible mencionar:

- La publicación del currículum vitae de cada postulante, que incluya todos los servicios profesionales prestados durante su carrera, así como un informe detallado sobre los clientes a los que se ha patrocinado, en especial en casos de narcotráfico, corrupción de funcionarios y graves violaciones a los derechos humanos.
- La facilitación de tachas a los/as postulantes por parte de la ciudadanía.
- La realización de entrevistas públicas a los y las postulantes, las que deben ser transmitidas por Televisión Nacional, Radio Nacional y por el Canal del Congreso, además de otros medios de comunicación interesados.
- La promoción de audiencias públicas con cada candidato o candidata apto para ser integrante del Tribunal Constitucional, con participación de la comunidad jurídica, líderes de opinión y medios de comunicación.
- La publicación oportuna de la lista de candidatos o candidatas seleccionados por la Comisión Especial, así como el puntaje obtenido en cada etapa.
- La votación del Pleno para elegir a cada integrante del Tribunal Constitucional debe ser pública y no reservada, al igual que los votos de cada diputado y senador. (Instituto de Defensa Legal, 2015)

Estos criterios, sin duda, ayudarían a delimitar de mejor manera las aptitudes requeridas para ser aspirante al cargo de Ministro del Tribunal Constitucional y a lograr una prolija transparencia en la forma en que éstos son designados, dando opción al debate público respecto de los candidatos a plazas de Ministros en la judicatura constitucional.

b. Sobre la cantidad idónea de miembros para un Tribunal Constitucional

Cuestión importante es la relativa al número de Ministros que componen el Tribunal Constitucional. En efecto, la determinación de la cantidad adecuada de miembros no puede responder en ningún caso a criterios arbitrarios, ya que se trata de un órgano que resuelve casos constitucionales complejos y de carácter eminentemente políticos, los que importan el resguardo del Estado de Derecho y la debida protección de los Derechos Fundamentales de las personas.

La Constitución actual establece en el artículo 92 que “*habrá un Tribunal Constitucional integrado por diez miembros*”, y a continuación pasa a reglar su procedimiento de designación. Como es posible evidenciar, la cantidad de Ministros de este Tribunal constituye un número par y, en efecto, consideramos que la suficiencia de miembros es adecuada para llevar a cabo las delicadas e importantes funciones que les atribuye la Carta Fundamental en el entendido de radicarse a éste el control de constitucionalidad concentrado de las leyes. Si este órgano no tuviese todas las potestades existentes relativas al resguardo de la Constitución –en otras palabras, que se le estuviere radicado únicamente un control de constitucionalidad difuso–, parecería adecuada la cantidad de cinco Ministros, inclusive tres.

No obstante lo anterior, consideramos al igual que Nogueira, que la cantidad de Ministros en ningún caso puede constituir un número par. Pese a que no coincidimos en varias consideraciones formuladas por este autor respecto del estatuto jurídico del Tribunal desde el año 2005²³⁷, éste señala de manera muy acertada que “*el número de magistrados por regla general debe ser impar, lo que posibilita en mejor forma evitar empates y el ejercicio del voto de calidad del Presidente del Tribunal Constitucional*” (Nogueira, ob. cit.). A modo de ejemplo, recientemente se discutió en este Tribunal la constitucionalidad del proyecto de reforma educacional²³⁸ en el contexto de un control de constitucionalidad preventivo no obligatorio a solicitud de un grupo de diez senadores. Pese a la importancia considerablemente política que importa el fallo del Tribunal Constitucional en torno a decidir si tal reforma se ajusta o no a los preceptos constitucionales, los Ministros estuvieron divididos en una cantidad de cinco contra cinco, de modo que el Ministro Carlos Carmona y actual Presidente del Tribunal Constitucional, hizo uso de sus propias atribuciones del cargo para dirimir el empate, y procedió a reiterar su voto a favor de la constitucionalidad del proyecto.

Convengamos o no con la decisión del Tribunal, es importante modificar la cantidad de miembros que componen la magistratura para

²³⁷ En particular, no coincidimos con Nogueira en lo relativo a que los magistrados del Tribunal Constitucional no sean susceptibles de acusación constitucional ni de destitución por el Congreso Nacional. Al respecto, consideramos que esto únicamente dificulta el adecuado funcionamiento democrático de la institución, haciendo de los magistrados entes inmunes a todo cuestionamiento político.

²³⁸ Véase Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 2787-2015, anteriormente señalada.

evitar precisamente, que se presenten este tipo de situaciones, en proyectos que como éste, constituyen una de las reformas más importantes a nivel nacional de los últimos tiempos. Por tanto, concordamos también con Nogueira, en que la cantidad idónea de Ministros para un Tribunal Constitucional sería la de nueve u once miembros.

c. La sobre politización de los miembros del Tribunal Constitucional

Si bien los ministros del Tribunal Constitucional no pueden prescindir del conocimiento político para cumplir su función, es necesario que al menos se disminuya esta influencia en su quehacer judicial, pues pone en duda la imparcialidad de sus fallos y la garantía del cumplimiento efectivo de la justicia dentro de los parámetros que establece la Constitución. Es por esto, que proponemos elevar el estándar que exige la Constitución, modificando los requisitos constitucionales para su designación y agregando en ellos una revisión objetiva –en concordancia con lo expuesto anteriormente– de su currículum que sirva de fundamento de la idoneidad para el cargo.

d. Sobre participación ciudadana y la elección de los Ministros del Tribunal Constitucional

Lo más relevante es que, aun cuando consideramos que la ciudadanía no puede elegir directamente por medio del voto a quienes serán los guardianes de la Constitución, sí al menos sostenemos que ella pueda participar por medio del escrutinio público en donde los candidatos que se postulen al cargo den a conocer su idoneidad, imparcialidad y su carácter de intachables para ser quienes cumplan con la función requerida. Dicho escrutinio debe ser vinculante por medio de consultas ciudadanas, representadas a través de los senadores y diputados quienes tendrán la labor de traspasar las inquietudes de la ciudadanía en una sesión dedicada exclusivamente a ello. Con esto, se busca fortalecer el sistema democrático en general y la democracia representativa en particular, toda vez que esta consulta ciudadana viene a reafirmar la labor de representatividad que exige la función de origen de las Cámaras del Congreso. Sin embargo pueden surgir algunas preguntas como por ejemplo: ¿por qué es importante reafirmar su labor?, ¿no existiría una doble representatividad si por una parte están los senadores y diputados, representando nuestros intereses como individuos, y por

otra los propios ciudadanos exigiendo que se haga efectiva la elección realizada en consultas ciudadanas? Pues bien, en relación a la primera pregunta, creemos que no hay que desconocer el contexto político actual, en donde todas las fuerzas dominantes se han visto cuestionadas por conflictos relacionados con casos de corrupción.

La deslegitimación que ha sufrido la función pública en cargos de representatividad ha sido significativa, por ello estimamos que las consultas ciudadanas pueden ser una vía de escape a todos los conflictos que ahora desestabilizan nuestra democracia, no a nivel institucional sino político. En respuesta a la segunda pregunta, pensamos que no debiera existir una doble representatividad, toda vez que los criterios de elección de los senadores y diputados deben ser los mismos que los señalados por la ciudadanía. A modo de ejemplo: si el distrito eligió por mayoría a un diputado del partido Renovación Nacional, se espera que la ciudadanía elija también a un miembro del Tribunal Constitucional que pertenezca a la misma coalición. Es por esta razón, que no existiría doble representatividad si en el caso hipotético ideal siempre se eligen personajes de la misma fuerza política, teniendo a la vista los criterios objetivos de su calificación, su idoneidad e imparcialidad.

En relación al ejemplo, resultaría conflictivo si el distrito ha elegido a un diputado de Renovación Nacional, y sin embargo, es electo un Ministro de la Nueva Mayoría (por distintas variables, que la ciudadanía tendrá a la vista; la idoneidad en el cargo; su currículum; entre otros). En este caso se podrá ver votar en el Congreso Nacional a un diputado de la coalición por un candidato de la Nueva Mayoría, lo que significaría en suma, la radicalización de la democracia. En este mismo sentido, Boaventura De Sousa Santos señala que “no se desestima la democracia representativa sino que propugna su articulación con una democracia participativa que sólo puede surgir de una politización de la práctica social” (Santos, 1998)

5. La Corte Suprema y el Tribunal Constitucional

Si hablamos de transparencia, menos certeza se tiene respecto de los criterios utilizados en la designación de Ministros del Tribunal Constitucional por parte de la Corte Suprema. Bassa, en uno de los

apartados de su estudio, señala muy gráficamente esta problemática al vincular la práctica del máximo tribunal con “más oscuridad”. Y en efecto, la deliberación que realizan los magistrados de la Corte Suprema para la elección de los miembros del Tribunal Constitucional se lleva a cabo en una “votación secreta”, conforme establece la Constitución. Aunque la Corte Suprema mediante un auto acordado de 24 de marzo de 2006 haya precisado criterios mínimos para designar a los tres Ministros acorde al imperativo constitucional, la verdad es que en los hechos, no cambia en nada la oscuridad en la que se producen estas designaciones. En efecto, el pasado 21 de julio de 2015 la Corte Suprema comunicó mediante oficio el llamado a concurso público para proveer el cargo de Ministro del Tribunal Constitucional, derivado de la vacante producida por el cese de funciones del Ministro Francisco Fernández el 29 de agosto de 2015. Posteriormente, con fecha 28 de agosto de 2015 ante el pleno de la Corte Suprema se realizaron las audiencias públicas, en donde expusieron los seis postulantes al cargo: Humberto Nogueira Alcalá, Eduardo Sepúlveda Crear, José Ignacio Vásquez Márquez, Ricardo Israel Zipper, Juan Carlos Ferrada y Eduardo Aldunate Lizana. Resultó finalmente escogido como nuevo Ministro del Tribunal Constitucional, luego de las exposiciones y la correspondiente deliberación de los Ministros de la Corte Suprema –con carácter secreto– el Presidente del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, José Ignacio Vásquez Márquez, quien a su vez, se desarrolla como profesor en el área del Derecho Público, con preferencias en el Derecho Constitucional y Derecho Administrativo.

A primera vista, es posible concluir que la Corte Suprema actúa con transparencia en la forma de designación de su cuota de Ministros. Sin embargo, esta transparencia dista de ser tal, por cuanto el único requisito que se enuncia es la presentación por parte de los interesados de sus respectivos antecedentes en un plazo de quince días contados desde la publicación del oficio en el Diario Oficial. En palabras simples, esta práctica lo único que hace es esconder la mugre bajo el tapiz. Según Bassa, esta fórmula “es un intento en la dirección correcta que, ciertamente, va mucho más allá de lo establecido por las instituciones políticas que designan ministros del Tribunal Constitucional. Sin embargo, esta reglamentación no es suficiente para salvar el carácter secreto de la votación que realizaba la Corte, donde la dimensión pú-

blica del proceso desaparece y vuelven a asomar los cuestionamientos” (Bassa, Ferrada, & Viera, ob. cit.).

Cabe agregar además, que sorprende –aunque tal vez no tanto–, que en la elección se haya dejado de lado a destacados constitucionalistas con una basta y reconocida experiencia académica, tales como Eduardo Aldunate y Humberto Nogueira, así como también a Juan Carlos Ferrada, conocido por su destacada trayectoria en el Derecho Administrativo. El escepticismo de la elección de la Corte Suprema proviene principalmente del cuestionamiento a los criterios adoptados por los magistrados al realizar su deliberación, toda vez que ha sido escogido como Ministro a un miembro profundamente ligado al Poder Judicial. Con miras a evitar la especulación y la escasa claridad en los criterios adoptados por los magistrados de la Corte Suprema en la elección de un nuevo Ministro del Tribunal Constitucional, no parece suficiente la convocatoria a concurso público y la realización de una audiencia pública donde se preste atención a las exposiciones de los postulantes al cargo para dar cumplimiento al principio constitucional de transparencia y publicidad, sino que además, es necesario publicitar los criterios adoptados en la respectiva decisión. Para lograr esto, es evidente que se requiere una reforma constitucional en el que se elimine el mandato destinado a la Corte Suprema, en el cual se consagra que tal votación tiene el carácter de secreta.

6. Consideraciones finales

A la luz de lo expuesto en el presente estudio, consideramos de suma relevancia la labor que cumple el Tribunal Constitucional chileno para la defensa y protección de nuestra Carta Fundamental (independiente de su origen ilegítimo en tiempos de dictadura militar), pues siguiendo la línea de las democracias contemporáneas, nos hemos dado cuenta a lo largo de esta investigación que el Tribunal Constitucional es uno de los bastiones que permiten determinar la estabilidad y la fortaleza de la democracia que quiere un país en virtud del Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales de las personas.

Por este motivo, exigimos que junto al movimiento constitucional que va adquiriendo fuerza a nivel nacional, la necesidad con una nueva

Constitución y la discusión en torno al mecanismo idóneo para obtenerla según la idiosincrasia nacional, debemos debatir el contenido que queremos para ésta, principalmente en aras de las instituciones políticas que son consagradas dentro de ella. De modo que si vamos a contar con un Tribunal Constitucional, el mecanismo de designación de sus miembros debe estar dotado de transparencia y razonabilidad, con requisitos constitucionales objetivos relativos a la idoneidad intelectual y política necesaria para la magistratura y con ello tomar distancia de la profunda ambigüedad propia de los preceptos constitucionales al respecto.

El Tribunal Constitucional como magistratura que resuelve la constitucionalidad de las leyes conforme a decisiones fundadas en derecho, debe ostentar un prestigio social indiscutido; sin embargo, la actual praxis política al designar a sus miembros, impide la buena valoración ciudadana de este Tribunal, poniendo en cuestión incluso su legitimidad democrática. Consideramos de especial importancia que sea la ciudadanía quien por medio de consultas públicas elija a quienes que quieran como integrantes del Tribunal Constitucional, y esto sea llevado a los representantes de cada distrito, y que ellos en una sesión especial entreguen el voto de la ciudadanía en la Cámara como ejemplo del ejercicio de la democracia.

Bibliografía

- ARANCIBIA MATTAR, J., COUSO SALAS, J., COVARRUBIAS CUEVAS, I., FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, R., MARTÍNEZ ESTAY, J., NÚÑEZ POBLETE, M., y otros. (27 de Diciembre de 2014). “Nombramientos en el Tribunal Constitucional”, El Mercurio. Obtenido de “Nombramientos en el Tribunal Constitucional”, El Mercurio: <http://www.elmercurio.com/blogs/2014/12/27/28063/Nombramientos-en-el-Tribunal-Constitucional.aspx>
- BASSA, J., FERRADA, J. C., & VIERA, C. (ob. cit.). La Constitución Chilena: una visión crítica a su práctica política. En J. Bassa, J. C. Ferrada, & C. Viera, La Constitución Chilena: una visión crítica a su práctica política. (pág. ob. cit.). Santiago: LOM.
- BASSA, J., ZÚÑIGA, A., BUSCH, T., CHIA, E., CODDOU, A., JORDÁN, T., y otros. (23 de Marzo de 2013). “Nombramientos en el TC II”, El

- Mercurio. Obtenido de “Nombramientos en el TC II”, El Mercurio: <http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id={1aba880c-e759-42ae-82ea2cb0f1e600df}>.
- BOBBIO, N. (1987). *Teoría General del Derecho*. Colombia: Temis.
- CONTRERAS, P. (18 de Diciembre de 2014, 2015). “Sandías Caladas para el Tribunal Constitucional”, CIPER. Centro de Investigación Periodística. Obtenido de “Sandías Caladas para el Tribunal Constitucional”, CIPER. Centro de Investigación Periodística: <http://ciperchile.cl/2014/12/18/sandias-caladas-para-el-tribunal-constitucional/>
- CONTRERAS, P. (12 de Enero de 2015). “Designación de dos nuevos ministros del TC: la cocina constitucional”, CIPER. Centro de Investigaciones Periodísticas. Obtenido de “Designación de dos nuevos ministros del TC: la cocina constitucional”, CIPER. Centro de Investigaciones Periodísticas: <http://ciperchile.cl/2015/01/12/designacion-de-dos-nuevos-ministros-del-tc-la-cocina-constitucional/>
- GARCÍA, G., & CONTRERAS, P. (2015). *Diccionario Constitucional Chileno*, En G. García, & P. Contreras, *Diccionario Constitucional Chileno*, Santiago: Tribunal Constitucional.
- INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL, C. N. (2015). *Justicia viva*. Obtenido de http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc03102013-152203.pdf.
- NOGUEIRA, H. (2005). *La Constitución reformada de 2005*. En H. Nogueira, *La integración y el estatuto jurídico del Tribunal Constitucional después de la reforma Constitucional*. (pág. 407). Santiago: Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca.
- SANTOS, B. d. (1998). *Lo social y lo político en la postmodernidad*. Santa fe de Bogotá: Facultad de Derecho Universidad de los Andes. Unian-des.
- SOTO, S. (23 de Diciembre de 2014). “El TC en la mira”, *La Tercera*. Obtenido de “El TC en la mira”, *La Tercera*: <http://www.latercera.com/noticia/opinion/ideas-y-debates/2014/12/895-609811-9-el-tc-en-la-mira.shtml>.
- ZAPATA, P. (23 de Diciembre de 2014). “Designaciones en el TC”, *La Tercera*. Obtenido de “Designaciones en el TC”, *La Tercera*: <http://www.latercera.com/noticia/opinion/ideas-y-debates/2014/12/895-609813-9-designaciones-en-el-tc.shtml>.

LA INSTITUCIONALIDAD PARTICIPATIVA EN AMÉRICA LATINA: TENSIONES Y DESAFÍOS

*Pablo CANELO BRIDSHAW**

RESUMEN

En América Latina, las demandas por más democracia, nacidas en un entorno de crisis de representación de masas, dieron como resultado un incremento del interés, tanto a nivel social como político y académico, por la incorporación de mecanismos de democracia directa y deliberativa. Estos instrumentos de participación fueron concebidos como herramientas a incorporar (no reemplazar) en las democracias representativas para permitir a los ciudadanos participar de la elaboración y adopción de políticas a partir de la combinación de elementos de democracia directa e indirecta. Gran parte de las Constituciones en el continente introdujeron mecanismos de democracia directa y deliberativa durante los años noventa. Este artículo analiza algunos de estos mecanismos, el marco legal, aplicación, y vinculación con la realidad chilena.

* Sociólogo de la Universidad de Playa Ancha, Valparaíso. Magíster en Sociología (c) de la Universidad de Arte y Ciencias Sociales (ARCIS). Director del Área de Desarrollo Social y Participación del Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz, Contacto:pablo.canelo@ical.cl

Introducción

Durante los períodos de post-dictaduras en América Latina, los gobiernos electos democráticamente se vieron en la necesidad de impulsar procesos de transición que intentaron superar, con diversos matices, la etapa autoritaria de nuestro continente. Las dictaduras habían impuesto un concepto de gobernabilidad orientado a la disminución de la demanda ciudadana más que a la ampliación de la capacidad de respuesta del Estado. Los procesos de transición en algunos países pusieron en cuestionamiento ciertos elementos relativos a la forma de ejercer el poder, logrando modificarla con regular éxito. Y en algunos casos, luego de severas crisis políticas, a través de procesos constituyentes. En todos estos casos se observan además nuevas propuestas de formas de vinculación entre el Estado y la ciudadanía (De la Maza, 2010). Mientras que en otros, incluyendo Chile, la reconstrucción democrática heredaría de su etapa dictatorial una concepción restringida de la democracia, reducida a un régimen político electoral.

Algunos autores plantean tanto el carácter incompleto de la democracia en Chile producto de una Constitución heredada de la dictadura (Garretón, 2010); y también su carácter elitista fruto de la existencia de una élite política que junto a diseñadores de políticas públicas y operadores políticos son los protagonistas de la acción y las decisiones políticas (De la Maza, 2010). Es decir, una democracia construida sobre una Constitución ilegítima en su origen, hecha para sostener un determinado orden socioeconómico: el neoliberal.

Así, durante todo el período post dictatorial chileno se aprecian escasas iniciativas de participación directa, un debilitamiento de los mecanismos de representación tradicionales (elecciones), una complejidad y tecnificación del proceso de toma de decisiones, una participación de baja intensidad en la políticas públicas, fomento del clientelismo y la desarticulación del tejido social a nivel local, y finalmente una participación reducida a la ejecución de programas sociales (De la Maza, 2010).

Luego del ascenso de las movilizaciones sociales del año 2006, en nuestro país la participación ha estado desbordando los limitados canales establecidos institucionalmente, poniendo en cuestión el mode-

lo chileno de democracia. De esta suerte, las cada vez más crecientes demandas sociales no están encontrando un cauce adecuado a través de las formas políticas predominantes. Frente al debate sobre una Nueva Constitución para Chile creemos que es necesario pensar en una nueva forma de entender la democracia, verla como la capacidad de los gobiernos de asegurar las condiciones fundamentales para la existencia de sus ciudadanos. Un sistema democrático que asegure más participación efectiva y protagónica en las decisiones político-públicas que afectan la vida de nuestra sociedad. Es decir, una democracia más participativa e inclusiva.

En este artículo pretendemos reflexionar sobre propuestas de profundización de la democracia a partir del análisis de mecanismos de participación directa y deliberativa existentes en otros países del continente y su vinculación con los marcos legales, como forma de aportar al debate sobre los contenidos políticos de una Nueva Constitución

Antes de eso, daremos un breve repaso a las disputas por el carácter de la democracia y el desarrollo que esta disputa ha tenido en América Latina y Chile desde el fin de las dictaduras militares hasta nuestros días.

Las disputas por el carácter de la democracia

A partir del golpe militar que depuso al gobierno de Joao Goulart en Brasil en 1964, y durante las dos décadas que siguieron, se produjeron en Latinoamérica una serie de regímenes dictatoriales en defensa de los intereses de Estados Unidos en la región. Éstos fueron conocidos en los medios académicos bajo el nombre de Estados burocrático-autoritarios (EBA). El principal formulador de este concepto, el argentino Guillermo O'Donnell (1982), plantea que el nuevo Estado Burocrático Autoritario que asoló al continente tenía las siguientes características: ser garante y organizador de la dominación por parte de la alta burguesía oligopólica y transnacionalizada; el dominio coercitivo estuvo a cargo del estamento militar, cuya misión fue restaurar el "orden", aliado a una clase de tecnócratas cuya función era la "normalización de la economía"; fue un sistema de exclusión política de un sector popular previamente activo; esta exclusión implicó la supresión de las instituciones de la democracia política, entre éstas, los partidos políticos; expresaba una concepción organicista, que veía a la nación

como una sociedad enferma, contaminada por múltiples enemigos internos; fue un sistema de exclusión económica del sector popular; promovió un crecimiento de la transnacionalización de la estructura productiva; y por medio de sus instituciones se esforzó por “despolitizar” las cuestiones sociales (O’Donnell, 1982).

Estas tesis de O’Donnell tienen el valor de escribir un capítulo más de la tensa relación entre capitalismo y democracia, relación que ha estructurado uno de los grandes debates políticos del siglo XX en los cuales, desde distintos lugares del arco ideológico, se ha intentado redefinir estos conceptos para solucionar la contradicción entre las desigualdades socioeconómicas que reproduce el capitalismo, y las igualdades políticas de la democracia, estableciendo los límites de una y otra. Este debate daría forma a las concepciones tanto hegemónicas como contra hegemónicas de entender la democracia (Santos, 2004).

Dentro de las concepciones hegemónicas, está la democracia liberal. El filósofo austriaco Hans Kelsen, ya en los años veinte plantea la necesidad de estudiar la democracia como forma y no como sustancia. Es decir, la democracia tiene más que ver con las formas o reglas del juego para resolver la constitución de gobiernos que con la ampliación de los derechos políticos, civiles y sociales. Para resolver sus diferencias, es preciso remitirse a las reglas y procedimientos de la democracia (Santos, 2004). En la misma línea, para Schumpeter (1994) no se puede pensar en la soberanía popular como una toma de posición racional por parte de la población o por cada individuo acerca de una determinada cuestión. Por lo tanto, la democracia no tiene que ver con cómo resolver la expresión de la soberanía popular, sino más bien con un cierto arreglo institucional para llegar a decisiones políticas y administrativas. Norberto Bobbio (1986) es el que transforma este procedimiento en reglas para dotar de representatividad a los gobiernos. La democracia se constituye así en un conjunto de reglas para la formación de mayorías, entre las cuales destacan el peso igual de los votos y la ausencia de distinciones económicas, sociales, políticas, culturales o étnicas en la constitución del electorado (Santos, 2004).

A partir de esta concepción hegemónica de la democracia, y de los trabajos de las ciencias sociales norteamericanas, reinaba un consenso entre los intelectuales latinoamericanos: existía una correlación entre desarrollo económico y democracia. A partir de la experiencia del ca-

mino emprendido por los países centrales, se postulaba una ley general: un mayor desarrollo económico habilitaría por sí mismo el progreso en sentido democrático (Souroujon, 2012). O'Donnell (1982) por su parte, formularía una hipótesis contraria para Sudamérica, en donde se apreciaría que los países con más alto nivel de modernización (Brasil y Argentina, por ejemplo) se estructuran sobre regímenes no democráticos, más precisamente burocráticos autoritarios. En este escenario, luego de haber llegado a un cierto nivel de expansión, los grupos más concentrados de la burguesía advirtieron la necesidad de excluir de la arena política a los sectores populares cuyas demandas políticas eran vistas como excesivas. En este sentido, existe un punto crítico de modernización tras el cual se torna incompatible con la democracia. El objetivo, por lo tanto, de los regímenes autoritarios es mantener el sistema en condiciones de normalización para el desarrollo y expansión del capital (O'Donnell, 1982)

La tesis de O'Donnell se conecta con las concepciones contra hegemónicas de la democracia que debaten sobre las condiciones estructurales de la democracia. Desde esta perspectiva, subyace una crítica respecto a la compatibilidad o incompatibilidad entre democracia y capitalismo (Wood, 2000). Para Przeworski (2012), por ejemplo, la democracia como tal asume una cierta propensión redistributiva a partir de la llegada al poder de la socialdemocracia en algunos países de Europa, poniendo en tensión el carácter acumulador del sistema capitalista. De acuerdo a este enfoque, durante los años cuarenta y sesenta del siglo XX, la tensión entre capitalismo y democracia, al resolverse a favor de la democracia en muchos países, pondría límites a la propiedad e implicaría ganancias distributivas para los sectores sociales más desfavorecidos -características propias del modelo keynesiano- y la construcción de los Estados de Bienestar en Europa, y con algunos matices, en los modelos desarrollistas de América Latina.

Por su parte, desde el marxismo se plantea una contradicción entre capitalismo y democracia, proponiendo como solución una descaracterización total de esta última, ya que en la sociedad capitalista no es posible democratizar la relación fundamental en que se asienta la producción material: el capital y el trabajo (Santos, 2004). Desde esta vereda, y al calor de los conflictos propios de la Guerra Fría y los procesos de descolonización y liberación nacional, se discuten y emergen

modelos de democracia alternativos al liberal: la democracia participativa en algunos países recién llegados a la independencia y las democracias populares de los países de la Europa del Este.

El fin de la Guerra Fría marcaría la extensión del modelo hegemónico liberal hacia el sur del mundo luego de la superación de regímenes autoritarios y el inicio de procesos de democratización con diversos matices. Por otro lado, el derrumbe de los Estados de Bienestar puso en cuestionamiento, además el carácter social y redistributivo de la democracia. Y finalmente las democracias populares de Europa del Este desaparecieron y con ellas, la crítica marxista a la democracia perdió fuerza -aunque permitió el fin de su identificación mecánica con el marxismo soviético (Hobsbawm, 2011). Todos estos elementos juegan a favor de la extensión de la democracia representativa liberal junto al avance del modelo capitalista en su fase neoliberal.

Es un hecho que la extensión de la democracia liberal en la mayor parte de los países ha traído como consecuencia una enorme degradación de las prácticas democráticas, causando efectos evidentes tanto en la baja participación política como en el aumento del abstencionismo y una enorme crisis de representatividad reflejada en el hecho de que los ciudadanos se sienten cada vez menos representados por aquellos a los que eligieron. Algunos datos que dan cuenta de esta aseveración son los resultados del Latinobarómetro y del Eurobarómetro del año 2008, citados por Mesa (2014). Así, en los 27 Estados miembros de la Unión Europea, sólo el 18% de los encuestados expresan confianza hacia los partidos políticos. En ese mismo año, a título comparativo, en América Latina también sólo un 18% afirmaba tener confianza en los partidos políticos.

De acuerdo con Santos (2004), los elementos constituyentes de la democracia liberal representativa no logran explicar estos efectos negativos de la democracia, relacionados con su calidad. Este cuestionamiento teórico de autores como Jurgen Habermas, Ernesto Laclau, Atilio Borón, o el mismo O'Donnell, al carácter de la democracia, la posiciona nuevamente dentro del campo de la disputa política, en los albores del siglo XXI. Favorecida por un contexto que, como ya anticipábamos con Hobsbawm, había roto con las adjetivaciones propias del debate político “democracias populares contra democracias liberales” propio de la Guerra Fría, y por un proceso de Globalización que pa-

radómicamente suscitaría un nuevo énfasis en las democracias desde lo local (Santos, 2004).

La reconstrucción democrática en América Latina

La discusión sobre la reconstrucción democrática en nuestro continente ha avanzado desde el debate por la transición y consolidación de la democracia, hacia nuevas preocupaciones teóricas y políticas relacionadas con (Dagnino, Olivera, Panfichi, 2006):

- **La consolidación de la democracia electoral en toda América Latina** (con matices y grados de precariedad institucional), a tal grado que incluso países que en años recientes sufrieron serias crisis políticas fueron capaces de superarlas por vías constitucionales y democráticas, superando el riesgo de reversión hacia los traumáticos años de autoritarismo en el continente.
- La profunda insatisfacción por los resultados de esas democracias en términos de justicia social, eficacia gubernamental e inclusión política. De acuerdo a los resultados del último Latinobarómetro 2013²³⁹, la valoración por la democracia en nuestro país se ha mantenido intacta desde el término de la dictadura (entre un 50% y un 60%). En cuanto al interés por la política, Chile se ubica en el último lugar junto con Perú (precisamente los países que muestran altas tasas de desigualdad). Por último, un bajo porcentaje (10%) cree que la distribución del ingreso es justa. Estos mismos resultados muestran que los países que tienen más alta valoración por la democracia y más interés por la política son aquellos en que la gente piensa que hay una redistribución más justa de la riqueza.
- **El desarrollo de diversas experiencias en materia de profundización e innovación democrática, ampliación del campo de la política y construcción de la ciudadanía**, que se ha dado en varios países del continente. Estas prácticas han procurado extender el campo de la política, apostar por la construcción de ciudadanía y fortalecer el tejido social, resig-

²³⁹ http://www.latinobarometro.org/documentos/LATBD_INFORME_LB_2013.pdf

nificar la idea misma de la democracia y, demostrar (en distintas escalas y grados de complejidad) que es posible construir un nuevo proyecto democrático.

Así es como destacadas experiencias se han desarrollado en el continente. Tal es caso de los presupuestos participativos que nacen al calor del ascenso del Partido de los Trabajadores (PT) a gobiernos locales y regionales a principios de los años noventa en Brasil. Experiencia que, con aciertos y errores, sería exportada no sólo al resto de los países del sur de nuestro continente sino también al resto del orbe (Avritzer, 2004). Asimismo, existen las experiencias de democracia directa en Uruguay, una de las más consolidadas en el mundo junto a Suiza, donde la ciudadanía es la encargada de resolver conflictos de interés público nacional (Lissidini, 2011). También, cabe mencionar a los actores sociales en Colombia que han generado experiencias de construcción de ciudadanía y democracia en medio del conflicto bélico que sacude a las comunidades campesinas (Ramírez, 2001), o las experiencias de participación de los grupos indígenas en Bolivia, Ecuador y algunos países centroamericanos (Pérez, Mendonça Coelho, 2010). Finalmente, destaca el desarrollo de formas radicales de inclusión y participación en el caso de los consejos comunales en Venezuela (López Maya, 2011).

Todas estas experiencias han permitido una renovación del debate sobre la democracia. Esa discusión, creemos, se caracteriza hoy por un mayor cuestionamiento a las características elitistas y excluyentes de las democracias electorales y a las teorías de la democracia liberal sobre las cuales se sustentan. Durante el período de las dictaduras la lucha por recuperar la democracia electoral era el eje central de la movilización social y el objetivo a lograr por los actores políticos y sociales. Los intelectuales de la transición, rescatando la tradición liberal de la democracia, agotan el proceso de reconstrucción de la democracia en el ejercicio de la representación política electoral. De esta forma la sociedad civil deja su espacio de acción a la sociedad política, la cual asume las causas y los intereses de la sociedad en su conjunto. Los estudios sobre la consolidación democrática se concentraron en el análisis de los diseños institucionales, los pactos y los equilibrios políticos entre civiles y militares, entre fuerzas autoritarias y democráticas, que posibilitarían finalmente la continuidad del régimen democrático

(Dagnino, Olvera y Panfichi, 2006). El sistema electoral y las instituciones representativas son el eje. En definitiva, lo que se busca es que los actores autoritarios del pasado no regresen y que la sociedad civil no rebase ni los límites de tolerancia y de acción marcados por el pacto democrático.

Volviendo a O'Donnell, el argentino da un gran paso hacia la superación de esta visión de la democracia, al plantear que solo una ciudadanía integral (es decir, el acceso pleno a los derechos políticos, sociales, económicos) puede garantizar la existencia de una verdadera democracia. Mientras el acceso a estos derechos sea parcial o no exista para amplios sectores de la población, la democracia electoral será precaria y manipulable (O'Donnell, 2004). Es decir, O'Donnell retoma las teorías sobre las condiciones sociales y políticas generales en las que la democracia puede funcionar.

Finalmente, yendo más allá de la exigencia de un Estado democrático de derechos de O'Donnell se sitúan las teorías de la democracia participativa, de la democracia deliberativa y de los movimientos sociales (Santos, 2004). Hace años que desde este campo emergen críticas a las democracias realmente existentes, de las cuales surgen también nuevas formas de pensar la democracia, su estructura o el diseño de un régimen democrático. ¿Qué tipo de derechos y qué tipo de sujetos son necesarios para un proyecto democrático que plantee cambios radicales en la forma de pensar y ejercer la política, en la representación y en la participación de la sociedad?

En el ya citado libro "La disputa por la construcción democrática en América Latina" de Dagnino, Olvera y Panfichi (2006) se expone que en América Latina existirían dos proyectos en disputa. Ello a partir de un análisis de las ideas, principios, discursos y prácticas sobre la relación entre el Estado y la sociedad, la participación, ciudadanía y la política. Así, la discusión en torno a la democracia en América Latina se representa en la mayoría de los países como una confrontación entre el proyecto neoliberal y el proyecto democrático-participativo, compartiendo ambos de todas maneras, la filiación a la democracia representativa y a las instituciones del Estado de derecho. Además, la consolidación de los distintos proyectos, su peso político y su implementación práctica varían de país a país y dependen mucho de las correlaciones de fuerzas que imponen restricciones al pleno desarrollo

de cada proyecto. Por último, cabe hacer presente que la institucionalización de la participación en las Constituciones de varios países del continente ha dado un sello particular a la implementación de ambos proyectos, a pesar de la diversidad de significados que le asignan a este concepto (Hevia, 2006)

El primer proyecto es el democrático-participativo. Éste se caracteriza por una concepción de profundización y radicalización de la democracia, que confronta los límites atribuibles a la democracia liberal representativa. Para hacer frente al carácter excluyente y elitista de este modelo, este proyecto propone la inclusión de formas de democracia participativa y deliberativa como complementarios a aquél (Santos, 2004). En ese sentido, la participación de la sociedad en los procesos de decisión asume un papel central para la construcción democrática. Ésta es entendida como compartir el poder de decisión del Estado sobre los asuntos relativos al interés público (Dagnino, Olvera y Panfichi, 2006). Por lo tanto, se distingue de una noción de participación limitada a su carácter consultivo. Las formas y prácticas adoptadas varía entre los países de país y en los distintos contextos nacionales: presupuestos participativos, consejos de gestores de políticas públicas, consejos ciudadanos, regidurías, mesas de concertación, mecanismos de rendición de cuentas, veedurías ciudadanas, etc. Respecto de la visión de la sociedad civil, este proyecto reconoce su heterogeneidad, la concibe de manera amplia e inclusiva y le otorga un rol principal en el aseguramiento del carácter público de Estado a través de la participación y el control social. De esta manera, la creación de espacios político-públicos de deliberación como los antes mencionados, adquiere un rol fundamental para el proyecto democrático participativo. En definitiva, de estos elementos surge una noción ampliada de la política que busca nuevas formas de llevarla a cabo.

El proyecto neoliberal por su parte, se articula en torno a la necesidad de ajustar al Estado y sus relaciones con la sociedad, a lo que serían las exigencias de un nuevo momento de las relaciones de acumulación capitalista, marcadas por su reconfiguración en el ámbito global. En términos generales, la concepción de la participación sería limitada, con el objetivo de no “sobrecargar” demasiado el régimen democrático con demandas sociales que puedan poner en peligro la prioridad de la acumulación por sobre la redistribución (Santos, 2004). La

búsqueda de eficiencia y modernización tiene que ver también con legitimación de la adopción del mercado como organizador de la vida social y política. En términos de política pública, esta lógica trasladada al Estado transforma a los gobiernos en “proveedores de servicios” y a los ciudadanos en “clientes” o “usuarios”. En consecuencia, la participación de la sociedad civil permitiría por un lado obtener información calificada sobre las demandas sociales, y por otro, disponer de organizaciones con capacidad para asumir con eficiencia la ejecución de políticas públicas orientadas a esas demandas (Dagnino, Olvera y Panfichi, 2006). En definitiva, la participación se concentra en la gestión e implementación de las políticas y no incluye al poder de decisión sobre ellas. Esta visión al fin y al cabo, reduce el campo de lo político, expresando con ello, al mismo tiempo una intención despolitizadora de la sociedad.

A partir de estas definiciones, creemos que un proceso de profundización de la democracia se relaciona más con aquella visión que plantea una ampliación del campo de lo político, es decir, de todo aquello que en una sociedad se establece como susceptible de ser decidido colectivamente. Por lo tanto, describiremos algunos mecanismos de participación en términos de sus procedimientos, requisitos, reconocimiento institucional y su desarrollo en Chile y el continente. Todo ello con el objetivo de aportar a la discusión constituyente respecto del carácter de la democracia que se plasmará en la Nueva Constitución de Chile. Partiremos, entonces, primero revisando qué existe en las Constituciones latinoamericanas respecto de la participación.

La participación en las Constituciones

En la mayoría de los países del continente en las últimas décadas se llevaron a cabo reformas constitucionales y legales que garantizan mayor participación de los ciudadanos en lo público. De esta forma ha habido una institucionalización de instancias de participación ciudadana, incluidos mecanismos de democracia directa, como plebiscitos, referéndums, iniciativa legislativa popular y revocación del mandato (Lissidini, 2011) e instancias públicas de consulta y deliberación, como consejos consultivos y diversos comités con presencia ciudadana (Hevia 2006; Zovatto 2009). En toda la región, en los ámbitos nacional y

local se han multiplicado los consejos consultivos, comités, asambleas, audiencias públicas, y una diversidad de espacios de consulta, deliberación, concertación local y participación. Sin embargo, al revisar en profundidad las Constituciones y las leyes, vemos que los sentidos de la participación no son homogéneos, lo que sugiere concepciones y definiciones diferentes de la participación ciudadana, ligada a los proyectos en disputa ya mencionados.

Para aterrizar el análisis, revisaremos los mecanismos de participación ciudadana presentes en las Constituciones de América Latina, en base a tres dimensiones: la primera, sobre la concepción de soberanía y el ejercicio del poder; la segunda, sobre los principios de la participación y; la tercera, sobre los mecanismos de participación ciudadana. Las dos primeras corresponden a la parte dogmática de las Constituciones y, la tercera está comprendida en la parte orgánica. Para ello, nos guiaremos por los trabajos de Hevia (2006), Zovatto (2009) y Lissidini (2011) respecto a este tema.

Sobre la concepción de soberanía, ésta, en la mayoría de las Constituciones, reside en el pueblo o en la Nación. Las diferencias aparecen en cuanto al ejercicio de esa soberanía, es decir, en la forma de participación en lo público. Por un lado, está la idea de la delegación exclusiva del ejercicio del poder en el sistema político por medio de los representantes, quienes son los que ejercen directamente el poder. Es el caso de Argentina (Constitución de 1994, artículo 22), Brasil (Constitución, 1988, artículo 1), Guatemala (Constitución de 1993, artículo 141), El Salvador (Constitución de 1983, artículo 83), México (Constitución de 1917, artículo 41), Panamá (Constitución de 1994, artículo 2) y República Dominicana (Constitución de 1994, artículo 2).

En oposición a esta idea, en las Constituciones de, Bolivia (Constitución de 2009, artículo 7), Chile (Constitución de 1980, artículo 5), Colombia (Constitución de 1991, artículo 3), Cuba (Constitución de 1976, artículo 3), Ecuador (Constitución de 2008, artículo 1), Honduras (Constitución de 1982, artículo 2), Nicaragua (Constitución de 1987, artículo 2), Paraguay (Constitución de 1992, artículo 117), Perú (Constitución de 1993, artículo 31), Uruguay (Constitución de 1967, artículo 77) y Venezuela (artículo 5), la soberanía puede ejercerse por medio de representantes o directamente a través de mecanismos de democracia directa. En el caso chileno, el artículo 5 contempla

la realización de la soberanía mediante el plebiscito. Sin embargo, hay matices al interior de cada grupo de países, sobre todo en términos cuantitativos. Por ejemplo, Altman (2010) en un estudio sobre mecanismos de democracia directa en América Latina demuestra que Uruguay concentra el 81% del total de veces que se han usado mecanismos de democracia directa a nivel nacional. Pero lo cierto es que en la mayoría de las Constituciones están contenidos los mecanismos que permiten otras formas de ejercicio del poder, diferentes a la mera delegación en representantes.

Sobre los principios de la participación, se observa que la mayoría de las Constituciones presentan argumentos que apuntan a fortalecer e incluir formas de participación ciudadana que si bien no se expresan en mecanismos específicos, permiten exigirlos como garantías constitucionales. Un primer elemento tiene que ver con la declaración participativa del Estado o gobierno, esto es, cuando en sus Constituciones, los Estados se definen a sí mismos como “participativos”, junto con adjetivos como “democráticos”, “pluralistas”, “interculturales”, etc. Tal es el caso de Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Nicaragua, Paraguay y Venezuela (Hevia, 2006; Colpari, 2011).

El segundo principio dice relación con la participación como un derecho en sí mismo, es el caso de las Constituciones de Bolivia (artículo 40), Colombia (artículo 40), Ecuador (artículo 61), Nicaragua (artículo 49), Perú (artículo 31) y Venezuela (Constitución de 1999, artículo 62). Y un tercer tipo de principio es la participación en políticas sectoriales específicas (salud, educación, medio ambiente, obras públicas, etc.). En materia de salud, Brasil es el ejemplo más evidente (Hevia, 2006). Otras Constituciones que incorporan la participación en salud como una de sus orientaciones centrales son las de Ecuador (Constitución de 2008, artículo 359), Guatemala (Constitución de 1993, artículo 98), Honduras (Constitución de 1982, artículo 145), Panamá (Constitución de 1994, artículo 112), Paraguay (Constitución de 1992, artículo 70) y Venezuela (Constitución de 1999, artículo 83). En cuanto a la economía, Cuba (Constitución de 1976, artículo 16) es uno de los pocos países cuya Constitución incluye la participación en su planificación y ejecución, junto a Nicaragua (Constitución de 1987, artículo 48). Mientras en México la Constitución permite la incorporación de sectores sociales y privados en las decisiones económicas nacionales (Constitución de

1917, artículo 26). En otras materias, como la cultura o educación, las constituciones de Cuba (Constitución de 1976, artículo 49), Paraguay (Constitución de 1992, artículo 76), Panamá (Constitución de 1994, artículo 76) y Perú (Constitución de 1993, artículo 13) establecen el derecho a participar en dichas políticas. Y en Venezuela se contempla la participación en las políticas de prevención y seguridad ciudadana, administración de emergencias (Constitución de 1999, artículo 55) y en los ámbitos políticos, sociales y económicos en el orden municipal (Constitución de 1999, artículo 168).

El tercer eje de análisis propuesto se refiere concretamente a los mecanismos de participación ciudadana explícitos en las Constituciones. A continuación examinaremos dos tipos de mecanismos: los de participación directa y los de deliberación. Entenderemos los mecanismos de participación directa como aquellas instituciones políticas en la que los ciudadanos emiten su opinión en las urnas a través de sufragio universal y que no forma parte del proceso electivo regular de autoridades (Altman, 2010). Estos mecanismos de participación directa posibilitarían que una vez que los representantes y el gobierno son elegidos, la ciudadanía siga siendo un jugador de veto o activo en el proceso político. Por su parte, los mecanismos de deliberación responden a espacios institucionales creados para inclusión de los ciudadanos en procesos de consulta y decisión más allá de las elecciones (Santos, 2004). Dependiendo del carácter de los procesos de construcción democrática en cada país, estos últimos mecanismos surgen por la necesidad de complementar la democracia representativa con procesos colectivos de toma de decisiones en la argumentación y discusión pública de diversas propuestas.

Mecanismos de participación directa

Pueden establecerse diferentes criterios para analizar estos mecanismos: su origen (desde arriba o desde abajo), su carácter vinculante o no, su dimensión espacial (local, regional o nacional). Lo cierto es que la mayoría de los autores (Hevia, 2006; Zovato, 2010; Lissidini, 2011), sostienen que, en términos generales, los mecanismos de participación directa pueden dividirse en consulta popular, iniciativa legislativa popular y la revocatoria de mandato.

Consulta popular

La consulta popular es el más común y más utilizado de los mecanismos de democracia directa. Se puede desarrollar a través de un plebiscito (consulta directa al pueblo sobre materias políticas de gran importancia) o un referéndum (consulta popular que versa sobre la aprobación de textos legales o constitucionales) (Zovatto, 2010).

Por su naturaleza, la consulta popular puede ser obligatoria o facultativa. A su vez, la obligatoria puede ser dividida en: (a) obligatoria automática, cuando se está frente a un caso previsto específicamente en la Constitución y, (b) obligatoria acotada a determinados procedimientos, que sólo son iniciados cuando surge una situación predefinida (por ejemplo, un conflicto entre el Ejecutivo y el Congreso no solucionable en el marco del sistema representativo).

Ejemplos de consulta obligatoria automática los encontramos en países como Venezuela, Uruguay, Ecuador, Bolivia, El Salvador, Panamá y Guatemala, que contemplan la consulta obligatoria para refrendar o rechazar cualquier reforma total o parcial de la Constitución (Lissidini, 2011). Brasil, Colombia, Chile y Perú, recogen la consulta obligatoria en ciertos casos (Lissidini, 2011). Para Brasil las modificaciones a la organización político-administrativa del país (cambios en los límites de Estados o municipios, así como incorporaciones, divisiones o separaciones) deben ser aprobadas mediante un plebiscito de las poblaciones directamente afectadas (Constitución de 1988, artículo 40). En el caso de Colombia debe someterse a consulta popular la formación de nuevos departamentos, la vinculación de municipios a áreas metropolitanas o la conformación de éstas, y el ingreso de un municipio a una provincia ya constituida (Constitución, artículo 199). En Perú se requiere para aquellas reformas constitucionales que teniendo mayoría absoluta no llegan a obtener el respaldo de los 2/3 de los integrantes del Congreso (Constitución de 1993, artículo 206). En Chile se consultan las reformas constitucionales sólo cuando el Ejecutivo rechaza una propuesta de reforma apoyada por los 2/3 de los parlamentarios en ejercicio de ambas Cámaras del Congreso (Constitución de 1980, artículo 128).

En las consultas facultativas pueden distinguirse dos grupos: (a) cuando la iniciativa se origina “desde arriba” (vale decir, cuando son los ór-

ganos estatales los que tienen de manera exclusiva el derecho de poner en marcha el mecanismo) y, (b) cuando la iniciativa proviene “desde abajo”, de la propia ciudadanía. En los casos de iniciativas “desde arriba” éstas pueden proceder del Ejecutivo, del Congreso o de ambos de manera coordinada. En los casos de iniciativas “desde abajo” es importante precisar cuál es la barrera a sortear (porcentaje o número mínimo de firmas de ciudadanos) para poner en marcha el mecanismo.

Las consultas populares facultativas están previstas en un total de nueve países de la región. En Argentina, Brasil, Nicaragua y Paraguay la iniciativa reside principal o exclusivamente en el Congreso. En Guatemala, el Ejecutivo y el Congreso están facultados para impulsar una consulta popular. En Colombia es el Congreso el único que puede iniciar un referéndum dirigido a convocar una asamblea constituyente. En los países restantes, las consultas populares constituyen recursos de acción del Ejecutivo (Zovatto, 2010).

Por su carácter, los resultados de las consultas populares pueden ser vinculantes o no, y en caso de ser vinculantes, con sujeción o no a exigencias de un determinado quórum. En el constitucionalismo comparado latinoamericano observamos que los procedimientos obligatorios y vinculantes se establecen para todas las consultas que suponen ratificar reformas constitucionales. Cabe advertir sin embargo, que la mayoría de los países de la región no asocian la validez de una consulta con un determinado quórum de la votación (Lissidini, 2011).

En Colombia, Ecuador, Uruguay y Venezuela las consultas contra leyes tienen carácter vinculante. En Nicaragua también lo tienen las consultas propuestas por el 60% de los integrantes del Parlamento. En Argentina y Paraguay, el Congreso puede determinar que una consulta sea vinculante o no. En Argentina, los resultados de las consultas populares convocadas únicamente por el Presidente no son vinculantes, tampoco lo son los resultados de las consultas iniciadas por el Congreso sin una convocatoria por ley (Lissidini, 2011).

Un aspecto a destacar es que en un buen número de países, el campo material de aplicación de las consultas populares está restringido por la exclusión de determinadas materias, o basándose en disposiciones positivas más o menos precisas, como en Ecuador, Guatemala y Colombia. Por el contrario, en unos pocos países, entre ellos Argentina,

Brasil y Nicaragua, no existen límites expresos al posible campo de aplicación de una consulta popular.

Por último, cabe señalar que sólo Colombia y Uruguay cuentan con la institución del referéndum abrogativo o sancionatorio, el cual otorga a los ciudadanos la posibilidad de revocar leyes surgidas del sistema representativo (Lissidini, 2011). Sin embargo, en ambos países, determinadas materias, como la política fiscal, quedan excluidas de su campo de aplicación.

Iniciativa legislativa popular

El segundo mecanismo de democracia directa es la iniciativa popular, entendiendo por tal el derecho de la ciudadanía a proponer proyectos de ley y reformas legales o constitucionales, totales o parciales. Si bien casi la mitad de los países de América Latina regulan estos mecanismos en sus diferentes modalidades, es preciso considerar que, con excepción de Uruguay y Colombia, su uso ha sido muy limitado (Zovatto, 2010).

Por regla general, se trata de iniciativas legislativas populares *ad parlamentum*, ya que los proyectos de ley o reforma constitucional presentados son estudiados por el parlamento y la decisión al respecto la toma éste sin consultar con el electorado.

Hay en cambio, unos pocos países que cuentan con una auténtica actividad legislativa de origen popular. Como adelantábamos al final del punto anterior, en Uruguay las iniciativas de reforma constitucional que provienen de la ciudadanía y que cuentan al menos con el apoyo del 10% de los electores hábiles, deben ser sometidas directamente a consulta popular. En Colombia, cuando en un proyecto de ley de iniciativa popular haya sido rechazado en el parlamento debe ser sometido a “referéndum aprobatorio”, si así lo solicita el 10% de los electores inscritos en el censo electoral.

Revocatoria de mandato

Finalmente, en la revocatoria de mandato el pueblo ejerce su soberanía a través de la posibilidad de destituir mediante votación a un cargo de

representación popular antes de que expire el período para el cual fue elegido (García Campos, 2005). A diferencia de otros procedimientos de destitución (como el desafuero judicial o político), la revocación del mandato se decide en las urnas por el mismo cuerpo electoral que designó al funcionario público y no supone una acción judicial que exija las garantías del debido proceso. El potencial resultado es el mismo: la destitución. El sujeto que decide es distinto: el Congreso en uno, el pueblo en otro. Evidentemente tanto éste como otros procedimientos de democracia directa o semidirecta presentan diferentes matices en función de sus mecanismos de validación, legitimación y el nivel donde se aplica (local, regional o nacional). Sin embargo, el punto clave es que se trata de una institución eminentemente política donde la legalidad, racionalidad y suficiencia de los motivos de la revocación es determinada por los electores, no siendo objeto de revisión judicial.

Lo positivo de esta medida (García Campos, 2005) es que en primer lugar reconoce al pueblo como fuente de soberanía. Si se supone que en el pueblo reside la soberanía y se ejerce a través de sus representantes, lo lógico es que también puedan destituirlos por una elección libre. En segundo lugar, se convierte en una oportunidad de la sociedad para recuperar la capacidad de influir e incidir en el representante, y por lo tanto, para reforzar la vinculación entre ambos. En tercer lugar, promueve en la sociedad una mayor atención en la política, fomentando que los actores sociales hagan seguimiento a sus gobernantes, se mantengan informados y jueguen algún rol en el proceso de gobernar. Y en cuarto lugar, la destitución puede alentar la responsabilidad de los funcionarios públicos con sus electores y la reflexión sobre la palabra empeñada en campaña.

Por lo general en América Latina, esta posibilidad queda limitada al ámbito local y regional, salvo en Bolivia, Ecuador, Panamá y Venezuela que la contemplan a nivel nacional (Lissidini, 2011). Empero, a la fecha, este mecanismo no ha sido empleado a nivel nacional en ningún país de la región, con excepción de Venezuela. A nivel local, está prevista en algunas provincias de Argentina, Ecuador, Perú, Bolivia, Colombia y Venezuela (Lissidini, 2011).

A continuación, presentamos un recuento, a partir del estudio de Zovatto, sobre los mecanismos de participación directa presentes en las Constituciones de América Latina. De conformidad con ello, para

el año 2010, dieciséis países de la región presentaban normas sobre mecanismos de democracia directa en su legislación interna, particularmente contenidas en las Constituciones (Zovatto, 2010). De este modo, el panorama en América Latina es el siguiente:

Cuadro 1: Mecanismos de participación directa (MPD) con rango constitucional

MPD	Iniciativa legislativa popular	Consulta popular (plebiscito/referendo)	Revocatoria de mandato
Sí	13	16	6
No	5	2	12

La mayoría de los países de la región contempla al menos dos de estas iniciativas, con excepción de México y República Dominicana, que hasta el año 2010 no consideraban ninguno de estos mecanismos en su legislación. No obstante, tal como señala Altman (2010), pese a que muchas reformas constitucionales reconocieron uno o más de estos mecanismos en el período señalado, en la práctica no pasó de ser más que una “declaración de principios”. Así, vemos en el cuadro 2 que la utilización de estos mecanismos a nivel nacional varía bastante en relación a su existencia en la Constitución.

Cuadro 2: Utilización de mecanismos de participación directa a nivel nacional con rango constitucional

Países	Iniciativa legislativa popular	Consulta popular (plebiscito/referendo)	Revocatoria de mandato
Sí	6	10	4
No	12	8	14

El caso de Chile

En Chile, de los tres mecanismos señalados, sólo se contemplan la consulta únicamente para el caso de que exista divergencia entre el Congreso y el Ejecutivo respecto de una reforma constitucional (Constitución, 1980, artículos 128 y 129) y los plebiscitos y consultas

no vinculantes a nivel comunal (Constitución, 1980, artículo 118). Llama la atención, no obstante, que el mecanismo de plebiscito a nivel nacional sólo se ha tenido lugar en Chile bajo la experiencia autoritaria en los años 1980, 1988 y 1989 (Zovatto, 2010). Este mecanismo de consulta popular tiene rango constitucional (Constitución de 1980, artículo 5, 128 y 129), y es activada únicamente en el caso de que el Ejecutivo rechace una reforma constitucional apoyada por los 2/3 de ambas Cámaras del Congreso. Mientras tanto, a nivel comunal, el plebiscito está contenido en el artículo 118 de la Constitución, en la Ley Orgánica de Municipalidades y la Ley de Participación Ciudadana. Este marco legal permite plebiscitos tanto vinculantes como no vinculantes. Éstos pueden originarse por iniciativa del alcalde, del concejo municipal (con la aprobación de los 2/3 de sus miembros más los 2/3 del consejo de la sociedad civil, COSOC), o por iniciativa popular, con las firmas del 10% de los votantes de la elección anterior. Son vinculantes cuando votan más del 50% de los ciudadanos habilitados para hacerlo en la comuna. Desde el año 1989, se han realizado sólo cuatro plebiscitos comunales bajo este mecanismo constitucional: el primero en Las Condes en 1994, otro en Zapallar el año 2003, uno en Vitacura en 2006 y el último, en Peñalolén el año 2011.

El mandato revocatorio y la iniciativa legislativa popular, en cambio, son mecanismos que no han sido instaurados aún en Chile. Un estudio de Gloria de la Fuente (2010) muestra las iniciativas presentadas en el Congreso respecto a estos tres mecanismos entre los años 2000 y 2012.

Cuadro3: Resumen iniciativas de democracia directa presentadas en el Congreso chileno entre 2000 - 2012

Origen	Iniciativa legislativa popular	Consulta popular (plebiscito/ referendo)	Revocatoria de mandato
Mociones	10	23	0
Mensajes	2	1	0

De la totalidad de proyectos que han procurado instalar la iniciativa ciudadana de ley en Chile, ninguna ha avanzado más allá del primer trámite constitucional. En lo relativo a las iniciativas de consultas populares y plebiscitos comunales, sólo la segunda ha sufrido algún tipo

de reforma durante la post dictadura. Por lo tanto, se aprecia una escasa voluntad en poder incorporar mecanismos de participación en la institucionalidad chilena.

Mecanismos de participación deliberativa

Como mencionamos, la apertura institucional de espacios para la incidencia ciudadana en las políticas públicas es uno de los fundamentos de este tipo de mecanismos. Definiremos la deliberación como un proceso de discusión y de reflexión del que pueda resultar una visión más precisa de los conflictos que subyacen a una determinada problemática y de cómo éstos pueden ser aclarados (Stewart, 2007). En definitiva, son espacios de concertación de la política entre el Estado y la sociedad civil, donde esta última tiene desde la posibilidad de formular sus intereses particulares e incidir en la política pública, hasta ser parte de la cogestión en la prestación de servicios públicos (Cunill, 1997). Por su carácter, generalmente, estos mecanismos tienen mayor presencia a nivel local y regional que nacional. Cabe destacar también, que el carácter de los proyectos de construcción democrática hegemónicos en cada país es el que determina el peso político, el nivel de profundización e innovación democrática y la consolidación en el tiempo de los mecanismos de deliberación. Además, el nivel de fortalecimiento del tejido social muchas veces explica también, el éxito o fracaso de estos mecanismos ya que dependen en gran medida de las capacidades instaladas en la ciudadanía para involucrarse en procesos de participación y toma de decisiones. Repasaremos acá dos de los mecanismos más estudiados por la literatura especializada en el tema y con mayor desarrollo y consolidación en algunos países, principalmente, en Brasil: los presupuestos participativos y los consejos gestores de políticas públicas.

Presupuesto participativo

El Presupuestos Participativos (PP) ha sido considerado como una de las experiencias de gestión más innovadoras en América Latina en la década de los noventa y ha atraído la atención de investigadores, gobernantes, líderes sociales y de organismos internacionales. Se trata

de una modalidad deliberativa concentrada en la incidencia sobre el presupuesto municipal o regional, por medio del diálogo abierto en asambleas territoriales y cuyo objetivo es mejorar la distribución de recursos. Este mecanismo tiene su origen en Porto Alegre, Brasil. El inicio del PP en ese municipio estuvo marcado por la llegada del Partido de los Trabajadores (PT) al gobierno local, y además por la Constitución brasileña aprobada un año antes, ya que impulsó la apertura de canales de participación en los municipios y regiones, y fortaleció la descentralización, proporcionando recursos financieros y legales que permitieron a los municipios la administración de los asuntos locales (Chaves, 2006).

Los tres principios básicos del Presupuestos Participativos son (Santos, 2004):

- Todos los ciudadanos tienen derecho a participar.
- La participación es dirigida por una combinación de reglas de democracia directa y democracia representativa y se realiza a través de instituciones de funcionamiento regular.
- Los recursos de inversión son distribuidos según de acuerdo un método establecido, basado en una combinación de criterios generales (definición de prioridades sociales por parte de la comunidad) y criterios técnicos (viabilidad económica).

Entre los años 1990 y 2005, el Presupuesto Participativo ha evolucionado de forma considerable. Así, lo que alguna vez fue un poco conocido proceso de participación popular, impulsada por algunos partidos latinoamericanos de izquierda, como una forma de reinventar el socialismo, se ha convertido en una “buena práctica” dentro de la caja de herramientas de buen gobierno, fomentada incluso por instituciones internacionales de desarrollo. Dependiendo de la rigurosidad de la definición del Presupuesto Participativo, éste se ha expandido de algunas docenas de ciudades, sobre todo en Brasil, de 250 a 2. 500 lugares tan sólo en Latinoamérica (Goldfrank, 2006). Esta cifra inicial incluye aquellas ciudades donde el Presupuesto Participativo comenzó como una iniciativa de gobiernos locales, en países desde México y la República Dominicana hasta Argentina y Chile. Las segundas cifras incluyen a los gobiernos municipales que, por leyes nacionales, han tenido que implementar consultas ciudadanas respecto de la organiza-

ción del presupuesto, tales como Bolivia (327 municipios), Nicaragua (125 municipios) y Perú (con 1. 821 distritos, 194 provincias y 25 regiones). En síntesis, encontramos casos de presupuesto participativo a escala local y municipal en Brasil, México, Argentina, Uruguay, Colombia, Ecuador, Guatemala, El Salvador, Perú y desde el año 2002, en Chile.

A nivel legislativo, Presupuestos Participativos promovidos desde el nivel central mediante leyes nacionales encontramos en Guatemala, Nicaragua y Perú (Montecinos, 2009).

Consejos de participación en políticas públicas

Estos mecanismos se entienden como espacios de interlocución entre gobierno y sociedad; dependiendo de su grado de incidencia se les considera asimismo formas innovadoras de la gestión pública que permiten el ejercicio de una ciudadanía activa. En los países donde ha tenido mayor éxito y consolidación, han sido producto de la reivindicación de la sociedad civil, que a través de la movilización, demandaba participar en las políticas sociales. Por ello se considera que los Consejos se contraponen a la tradición autoritaria, clientelar y de regateo político que durante muchos años caracterizó a la política de nuestro continente (Canto, 2010). El caso más exitoso de estos Consejos es en Brasil, con los denominados *Consejos Gestores de Políticas Públicas* (CGPP), y que tienen su origen en la Constitución Federal de 1988. Se desarrollan en Brasil en los diferentes órdenes de gobierno (nacional, regional y local) para áreas específicas de la acción pública (educación, salud, infancia, juventud, etc.). En ellos se encuentran representados los diferentes sectores concernidos en la política pública: usuarios, organizaciones civiles especializadas en el área en cuestión, funcionarios del campo correspondiente. Los participantes en estos consejos no solamente son consultados, sino que deliberan las opciones, diseñan las estrategias, presupuestan y supervisan, pudiendo llevar ante la autoridad judicial al funcionario que se niegue a cumplir lo acordado. Con estos Consejos, la población aprende a negociar y a gestionar los temas y las opciones que son de su interés (Canto, 2010). Están reconocidos por la legislación y son una interesante combinación de democracia participativa y democracia representativa, toda vez que quienes par-

ticipan por la sociedad lo hacen justamente en representación de los sectores o tipo de agrupaciones a las que pertenecen.

En el resto del continente estos mecanismos han tenido un desarrollo bastante diverso. Uno de los pocos trabajos que logra hacer un recuento de estos, es la citada investigación de Felipe Hevia (2006) sobre mecanismos de participación en las Constituciones. Del total de Cartas Fundamentales estudiadas, en 14 de ellas existen al menos 38 órganos de deliberación o consejos participativos. Solamente en Argentina, Bolivia, Honduras, Paraguay y República Dominicana, los Consejos no se encuentran normados a nivel constitucional. En función de su carácter vinculante o no, Hevia (2006) propone clasificarlos en órganos de cogestión y órganos de representación de intereses. Los primeros se refieren a la toma conjunta de decisiones y tienden a ser sectoriales, mientras que los segundos no tienen carácter vinculante y son de mayor presencia territorial. Así, se identifican en las Constituciones 21 órganos de cogestión y 17 de representación de intereses. Del total de casos (más allá de su carácter vinculante o no), en 16 están previamente determinados los actores que pueden participar, es decir, la participación es corporativa. Un segundo tipo son aquellos órganos donde los consejeros participan en calidad de ciudadanos. Esto es, el sujeto de la participación no es necesariamente alguna organización o corporación (8 casos).

El caso chileno

Las iniciativas institucionales que han promovido la deliberación de políticas públicas en Chile han tenido un conjunto de limitaciones, producto de su énfasis principalmente consultivo, su escaso aporte jurídico y técnico, y su carácter instrumental (De la Maza, 2010). De todas formas, ésta ha tenido diversos matices.

En el caso de los Presupuestos Participativos, un estudio de Egon-Montecinos (2011) sobre el diseño y aplicación de este mecanismo en distintos municipios de Chile demuestra que la mayoría de los casos están orientados por un carácter liberal y consultivo, donde la elección de proyectos por medio de votación popular representa el momento más importante del proceso, por sobre las discusiones sobre priorida-

des en las asambleas del Presupuesto Participativo se subordina más que se complementa con la democracia representativa. En muchas ocasiones, el mismo actor que lo origina es el que lo subordina (en este caso, el alcalde). El mismo estudio da cuenta que sólo 13 de 345 municipios han logrado sostener este mecanismo por más de tres años, lo que equivale al 4% del total de municipios del país. Los otros casos (alrededor de 17) han sido intermitentes.

Por otro lado, los mecanismos institucionales instalados desde el año 1990 en adelante bajo la forma de los mencionados Consejos gestores de políticas públicas, han sido en su mayoría de carácter consultivo y conformados en muchos casos a través de una participación por invitación (Remy, 2005). El carácter de estos espacios va desde aquellos que elaboran una determinada política sectorial, como la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (CONICYT), el Consejo Nacional de Televisión (CNTV) o los Consejos Consultivos de Salud. O una política regional y local, como los Consejos Económicos Sociales Provinciales (CESPRO) y los actuales COSOC. Y también aquellas comisiones para ampliar el debate con anterioridad a la formulación de políticas o presentación de proyectos de ley (comisiones asesoras de educación, pensiones, subcontratación, descentralización, desarrollo urbano, etc.). De estos Consejos, tienen rango institucional los Consejos Económicos y Sociales Provinciales (CESPRO), el CNTV y el Consejo Regional. Y con la promulgación de la Ley sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública (Ley 20.500, 2011) se institucionalizarían cuatro mecanismos de participación en políticas públicas: el acceso a información relevante, las consultas ciudadanas, las cuentas públicas participativas y los Consejos de la Sociedad Civil. Si bien aún no hay resultados claros en términos cuantitativos y cualitativos respecto de estos mecanismos, al analizar el marco institucional podemos observar que se privilegian los mecanismos de información y consulta por sobre aquellos que incluyen decisiones compartidas, compromisos y apoyo a organizaciones. No obstante se avanza en la incorporación de mecanismos, éstos no han logrado alinear los resultados de la deliberación con decisiones de política pública, dejando en manos de la voluntad política de autoridades sectoriales de turno la incidencia de los participantes.

Esta breve revisión da cuenta de un desempeño modesto del Estado chileno en cuanto a institucionalizar adecuadamente la participación de la ciudadanía. Además, la articulación del proceso de participación al ciclo de las políticas públicas es baja. Y en la medida en que la participación no forma parte importante del proceso de toma de decisiones en la gestión estatal, su potencialidad se ha visto disminuida.

Conclusiones

La revisión del funcionamiento, institucionalidad, normativa y algunas iniciativas sectoriales muestra un panorama amplio y dinámico de los mecanismos de participación ciudadana tanto directa como deliberativa en el continente. Sin embargo, en nuestro país existe un conjunto de limitaciones producto de un patrón de orientación política que ha restringido la participación. Este modelo de democracia, propio del proyecto neoliberal, ha orientado las dinámicas políticas del Estado, caracterizado por una visión de la sociedad civil homogénea y despolitizada, cuyo rol es reducido prácticamente solo a otorgar eficacia a la gestión de la política pública.

Pensar en un carácter distinto de la democracia y la participación en Chile exige mirar el contexto del desarrollo de la democracia en nuestro continente. En su dimensión institucional, la revisión sobre la participación en América Latina nos demuestra que hay una gran cantidad y variedad de principios y mecanismos en las Constituciones y leyes de la región. Además, se aprecia la diversidad en las intensidades previstas para la participación en los marcos legales, y cómo esas intensidades se reflejan en mecanismos de participación concretos, que desde hace ya bastante tiempo están siendo utilizados (por ejemplo, los Presupuestos Participativos). Es muy importante de todas maneras, tener claro que para una profundización de la democracia no basta con mecanismos. La institucionalización de la participación no asegura por sí misma la existencia o fortalecimiento de la democracia participativa. Ello no significa; sin embargo, que no sea necesaria ni positiva su institucionalización. Más bien, creemos que es preciso además, un proceso de fortalecimiento del tejido social, de instalación de capacidades en los actores sociales para aumentar su incidencia en la política, ocupar los espacios de ampliación de lo político.

A nivel de participación directa, pensamos que es indispensable al menos experimentar con mecanismos de mandato revocatorio a nivel comunal y regional e incorporar mecanismos de participación en el ejercicio legislativo, como la iniciativa popular legislativa. Ésta debería poder aplicarse al ámbito más amplio posible, y tratar materias de carácter nacional, regional y comunal, esto es, repercutir en lo relacionado con reglamentos, normas y ordenanzas municipales. Es fundamental comenzar a dotar a la ciudadanía de una mayor y concreta de poder de decisión, llevando el debate político público a la ciudadanía en general.

Por otra parte, como se ha podido ver, los diseños institucionales de participación deliberativa abarcan un amplio rango de contenidos y metodologías, pero sólo algunas de ellas pueden considerarse participación como un factor de construcción y fortalecimiento democrático, de acuerdo a nuestra perspectiva entregada a lo largo de este trabajo: las que importan un proceso de apertura democrática del Estado de efectos duraderos; las que amplían el campo de lo político, es decir, aquellas que fortalecen el tejido social; las que promueven las capacidades de los actores sociales para la incidencia en lo público.

La generación de estos espacios implica la discusión respecto del carácter de la democracia y la creación de nuevos modelos de participación, que puede tener como corolario la transformación del actual orden constitucional, generando formas novedosas de deliberación y participación de la sociedad en su conjunto. Fomentando así, también la construcción de un sujeto social, amplio y diverso, que pueda ser la base sobre la que se sustente la política pública para transformar, “desde abajo hacia arriba” y de “arriba abajo”, el orden social heredado. Y dando, de esta manera, lugar a una verdadera justicia, entendida ésta como redistribución de los bienes materiales y simbólicos, en la perspectiva de construcción de un futuro digno y emancipador.

Bibliografía

- ALTMAN, D. (2010) Plebiscitos, referendos e iniciativas populares en América Latina: ¿mecanismos de control político o políticamente controlados? En Revista Perfiles Latinoamericanos Número 35. Enero - junio 2010.

- AVRITER, L. (2004). Modelos de deliberación democrática. Un análisis del presupuesto participativo en Brasil. En Santos (2004), Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa. México: FCE, 2004.
- BOBBIO, N. (1985). El futuro de la democracia. México: FCE, 1985.
- CANTO, M. (2005). Las políticas públicas participativas, las organizaciones de base y la construcción de espacios públicos de concertación local. En <http://www.innovacionciudadana.cl/portal/imagen/File/canto.pdf>. Consultado el 20 de marzo de 2014.
- CHAVES, A. y ALBURQUENQUE, M. (2006). Presupuestos participativos: proyectos políticos, cogestión del poder y alcance democrático. En Dagnino, E., Olvera, A. y Panfichi, A. (2006), La disputa por la construcción democrática en América Latina. Veracruz: Universidad de Veracruz, Instituto de Investigaciones Histórico Sociales.
- COLPARI, O. (2011). La nueva participación ciudadana en Bolivia y Ecuador. Universidad Complutense de Madrid. Nómadas. Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas. Núm. Especial: América Latina (2011).
- CUNILL, N. (1997) Repensando lo público a través de la sociedad. CLAD, Caracas.
- DAGNINO, E.; Olvera, A.; Panfichi, A. (2006). La disputa por la construcción democrática en América Latina. Veracruz: Universidad de Veracruz, Instituto de Investigaciones Histórico Sociales.
- DE LA FUENTE, G. (2010) Mitos y realidades de la participación ciudadana en Chile. En El Pueblo Unido. Santiago: Editorial Alberto Hurtado.
- DE LA MAZA, G. (2010). Construcción democrática, participación ciudadana y políticas públicas en Chile. Universiteit Leiden. 2010
- GARCÍA CAMPOS, A. (2005). Mandato Revocatorio: un breve acercamiento jurídico. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- GARRETÓN, M. (2010). La democracia incompleta en Chile: la realidad tras los rankings. Santiago de Chile. Revista de Ciencia Política, Volumen 30, N° 1.
- HOBBSAWN, E (2011). Cómo cambiar el mundo. Marx y el marxismo 1840-2011. Buenos Aires: Crítica, 2011.
- HEVIA, F. (2006) Participación ciudadana institucionalizada: análisis de los marcos legales de la participación en América Latina. En Dagnino,

- E., Olvera, A. y Panfichi, A. (2006), *La disputa por la construcción democrática en América Latina*. Veracruz: Universidad de Veracruz, Instituto de Investigaciones Histórico Sociales.
- LISSIDINI, A. (2011). *Democracia directa en Latinoamérica: Entre la delegación y la participación*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2011.
- LÓPEZ MAYA, M (2011) *Democracia participativa en Venezuela. Orígenes, percepciones y desafíos*. Caracas: Centro Gumilla, 2011.
- MESA, M. (2014) *Ciudadanía y democracia ante la crisis global*. En *El reto de la democracia en un mundo en cambio: respuestas políticas y sociales*. Anuario 2013-2014. Madrid: Centro de Investigación y Educación para la Paz (CEIPAZ), 2014
- MONTECINOS, E. (2011) *Democracia participativa y presupuesto participativo ¿Complemento o subordinación a las instituciones representativas locales?. Revista de Ciencia Política. Volumen 31, N° 1*.
- O'DONNELL, G. (1982) *El Estado Burocrático Autoritario*. Buenos Aires: Belgrano, 1982.
- O'DONNELL, G. (coord.) (2004), *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, PNUD-ONU
- PÉRES, MENDOZA, COELHO “Participación ampliada y reforma del Estado: mecanismos constitucionales de democracia participativa en Bolivia, Ecuador y Venezuela” en *OSAL* (Buenos Aires: CLACSO) Año XI, N° 27, abril.
- PRZEWORSKI, A. (2012). *Democracia y socialdemocracia*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2012.
- RAMÍREZ, M (2001). *Entre el Estado y la guerrilla: identidad y ciudadanía en el movimiento de los campesinos cocaleros del Putumayo*. Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2001.
- SANTOS, B. (2004) *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*. México: FCE, 2004.
- SCHUMPETER, J. (1984). *Capitalismo, socialismo y democracia*. Barcelona: Folio, 1984.
- SOUROUJON, G. (2012). *Modernización, autoritarismo y El Estado burocrático autoritario de O'Donnell. Una nueva lectura para comprender las claves del dilema argentino*. *Revista Temas y Debates*. Año 16, número 24, julio-diciembre 2012, pp. 147-156.

- STEWART, J. (2007) De la Innovación Democrática a la Democracia Deliberativa. En Ciudadanos y Decisiones Públicas. Barcelona: Ariel Ciencia Política.
- ZOVATTO, D. “Las instituciones de democracia directa a nivel nacional en América Latina. Balance comparado 1978-2010” en Revista de Sociología nº24. Santiago: Facultad de Ciencias Sociales Universidad de Chile, 2010

Constituciones:

- Constitución de la Nación Argentina [Const.] (1853)
- Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia [Const.] (2009)
- Constitución de la República Federativa del Brasil [Const.] (1988)
- Constitución Política de Colombia [Const.] (1991)
- Constitución de la República de Cuba [Const.] (1976)
- Constitución Política de la República de Chile [Const.] (1980)
- Constitución de la República de Ecuador [Const.] (2008)
- Constitución Política de la República de El Salvador [Const.] (1983)
- Constitución Política de la República de Guatemala [Const.] (1985)
- Constitución de la República de Honduras [Const.] (1982)
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Const.] (1917)
- Constitución Política de Nicaragua [Const.] (1987)
- Constitución Política de Panamá [Const.] (1972)
- Constitución de la República de Paraguay [Const.] (1992)
- Constitución Política del Perú [Const.] (1993)
- Constitución de la República del Uruguay [Const.] (1967)
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela [Const.] (1999)

LAS ORGANIZACIONES Y COMUNIDADES INDÍGENAS EN LA CONFORMACIÓN DE LA BASE SOCIAL PARA LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE EN BOLIVIA. LA EXPERIENCIA DE LOS CONSEJOS EDUCATIVOS DE PUEBLOS ORIGINARIOS (CEPOS) BOLIVIANOS

*Ana Esther ANCAPI LANDAETA**

RESUMEN

La conformación y participación de la base social que dio lugar a la Asamblea Constituyente en Bolivia fue transformadora. Este artículo desarrollará una descripción y análisis en torno a la participación que tuvieron los Consejos Educativos de Pueblos Originarios (CEPOs) en el origen de la demanda por una Asamblea Constituyente y cómo se convirtieron en uno de los principales movimientos organizados y formados que sentaron las bases para la asamblea. El núcleo de origen de la demanda por una Nueva Constitución, en el caso boliviano, es más bien desconocido. En estas líneas se exponen las formas de organizarse, quiénes intervinieron directa o indirectamente, qué discursos y posturas ideológicas entraron al debate; y como finalmente, estas organizaciones educativas indígenas influyeron profundamente en la Nueva Constitución boliviana.

* Doctorante Universidad Católica del Norte, miembro del Programa Derechos Indígenas del Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad Academia de Humanismo Cristiano. Contacto: ana.ancapi@gmail.com

I

A principios del mes de noviembre del año 2003, tuve la oportunidad de ir a vivir a Cochabamba, Bolivia, para realizar la Maestría de Educación Intercultural Bilingüe en la Universidad Mayor de San Simón, allí fui testigo de cómo las organizaciones indígenas, sindicatos y gremios intentaban delinear activamente la reconstrucción de un país tras la crisis social que había dejado la Guerra del Gas del Octubre Negro, obligando al Presidente Sánchez de Lozada a dimitir. Desde entonces, la población nacional a través de sus distintas organizaciones comenzó un proceso complejo, muchas veces violento, para procurar rearmar un país dividido en lo ideológico, económico y social desde la conformación de la República.

Reconstruir el proceso de origen de la Asamblea Constituyente en Bolivia no puede asentarse en el presente, pues como proceso debe inscribirse en la historia larga y en la historia corta como señala Silvia Rivera Cusicanqui. Bolivia tiene una alta población de origen indígena, excluida por el Estado y las clases dirigente durante siglos, y sin acceso a un cambio en la estructura social porque lo “indio” representaba el pasado, el atraso, la marginalidad. Por otra parte, las familias de origen colonial ocupaban los espacios de la administración pública, la terratenencia, el parlamento, etc.

Como proceso de larga data (Rivera, 2003), la conformación del proceso constituyente sumó a quienes estuvieron marginados históricamente. La población indígena, principalmente aymara y quechua, desde la colonia hasta hoy, logró mantener cierta autonomía territorial (tierra y territorio) con las concesiones que el Estado otorgó en las tierras de alturas y valles centrales durante la colonia, donde siguieron con sus actividades productivas habituales; además de mantener el orden social tradicional indígena a pesar de los cambios que intentó introducir el Estado. Como institución clave de control sobre estos territorios, las escuelas castellano hablantes no alcanzaron a extenderse por todos estos territorios, lo que contribuyó a la larga a mantener las lenguas y las prácticas culturales en estas zonas. Sin embargo, la ampliación de los suelos productivos para las familias terratenientes, junto a las ideas de progreso, ejerció presión sobre las comunidades indígenas en distinto períodos de la historia.

La revolución del año 1952 reorientó al Estado a donde previamente la formalización del sistema político “mediante la creación de partidos y elecciones hay que recordar que la normativa del sufragio censitario estuvo vigente en Bolivia desde 1839 hasta 1952” (Garcés 2013). Desde ese momento, se pretendió civilizar al indio dándole la categoría de campesino, y “la democracia se ejerció mediante la ilegalidad (fraude y violencia electorales) pero, curiosamente, las permanentes infracciones no sólo posibilitaron que la población aprendiese de las leyes y de los regímenes políticos sino que también permitió la participación pública de los excluidos de la ciudadanía” (Garcés, 2013, p. 20). De este modo se continuó con el colonialismo, la lógica del latifundio (minero y agrario) con dominio absoluto de los poderes de parte de las élites, que utilizaban la mano de obra de los indígenas y pobres como los sostenedores de sus riquezas. En este marco, el atraso del indio significaba un obstáculo para el desarrollo, por ello la escuela y la castellanización fue un caballo de batalla para el progreso de la nación.

Las comunidades indígenas, que habían mantenido su organización tradicional y lengua, tuvieron que luchar para defender de sus tierras debiendo, sus miembros, adquirir conocimientos del castellano así como de leyes para protegerse de la usurpación de sus tierras. En 1931, Elizaldo Pérez y Avelino Siñani crean la escuela de Warisata, desarrollando una propuesta educativa con un currículum indígena en el que la lengua y la cultura son la base de los aprendizajes, la llamada Escuela Ayllú. Esta iniciativa tuvo auge incorporando las dinámicas comunitarias, calendario agrícola, ritualidades, además del currículum dentro del denominado Estatuto Orgánico de la Educación Indígenal que los sustentaba. Sin embargo, por lo mismo, el desarrollo contenidos y currículums que iban cambiando de un año a otro, generó un debilitamiento pues se acusó a los maestros de Warisata de no tener una planificación en regla, tal como lo disponían las autoridades de La Paz, ya que éste era un centro educativo para la producción local. Esta institución logró sostenerse durante los distintos gobiernos, recibiendo apoyo unas veces y otras no. En este período también había surgido el sindicalismo que fue la base de los cambios sociales futuros, que se manifestaron en la Revolución del año 1952. El Movimiento Nacional Revolucionario (MNR) mantuvo una relación clientelar con los sindicatos campesinos (indígenas) que le sirvió para subsistir en el poder como alianza contra la oligarquía, situación que era más discursiva que

real, pues no había cambios en la sociedad. Las siguientes décadas no alejaron a las élites económicas del poder político, de modo que los partidos políticos rotaban entre las élites oligarcas. Xavier Albó al respecto señala lo siguiente:

“En las regiones de comunidades esta relación de dependencia, aunque presente, no caló tan hondo. Primero, porque la organización comunal allí ya tenía fuerza desde antes, limitándose ahora a ajustarse al “sindicato”. Segundo, porque allí desde antiguo la relación con el gobierno se regía por otro esquema más claramente sin duda desigual, en que guardaban más las distancias; la comunidad pagaba diversos tributos y con ello el Estado respetaba su relativa autonomía. Tercero, porque en las comunidades la lucha por recuperar la tierra apenas entraba en juego, por lo que la “bondad paterna” de MNR se mostraba en beneficios menos esenciales” (Albó, 1990, p. 362).

En el año 1964, el general Barrientos tomó el poder y terminó con el pacto Ayllu/Estado (MNR) pero manteniendo el populismo mediante una subordinación campesina en el pacto militar campesino (PMC). Sin embargo, entre los años 1969 y 1971 se produjeron las primeras rupturas con este pacto militar, evidenciadas por la articulación del Bloque Campesino Independiente, con la participación de los colonizadores y el altiplano aymara, constituyéndose estos últimos en la cuna del katarismo. La Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia (CSUTCB) fue la base para los futuros cambios y muchos de sus dirigentes, de origen indígena, darán paso a formular y repensar Bolivia con una propuesta de Estado Plurinacional.

Los cambios de la década de los años setenta, ochenta y noventa –durante esta última década se impulsó la privatización de recursos del Estado en los sucesivos gobiernos- sumados al agotamiento de las minas de estaño y plata, condujeron a continuos conflictos con los sindicatos mineros y campesinos. El Estado boliviano vivió regímenes dictatoriales entre los años 1962 y 1982, período en el que se quebraron las relaciones con los sindicatos, llegando casi al estallido de una guerra civil en el año 1982. La asunción de Hernán Siles Suazo nombrado por el parlamento permitió buscar una salida democrática, con una rearticulación de los partidos políticos, pero éstos nuevamente excluyeron a la ciudadanía indígena de la que se servían como carne de cañón para sus luchas intestinas.

Por otra parte, esta misma, larga formación sindicalista de organizaciones de base, las luchas por la tierra y sus recursos de las comunidades indígenas, hacía que los propios indígenas se autodefinieran como campesinos. La “identidad india” como sujeto social quedaba relegada a un segundo plano, pues la campesinización caló hondo en la sociedad boliviana y latinoamericana en general. Esta situación empezó a cambiar gracias a las reflexiones de intelectuales indígenas y a los movimientos indianistas e indigenistas de la década de los años noventa que se extendieron en América Latina e inspiraron a algunos de sus líderes, que más tarde llevarían a cabo cambios profundos para alcanzar una sociedad más pluralista que reconociera la diversidad y otorgara los mismos derechos a k'aras (blancos) e indígenas.

II

Las escuelas comunitarias que se habían expandido por el territorio boliviano apoyadas por los sindicatos campesinos y mineros, permitieron a muchos jóvenes acceder a la educación escolar de la que habían sido marginados por la Colonia y la República. Además, la escuela de Warisata se convirtió en una de las primeras Escuelas Normales, es decir, en una institución educativa que también contaba con formación pedagógica para graduar a los futuros docentes que trabajarían en las escuelas comunitarias, donde las culturas tradicionales y las lenguas originarias constituirían el motor de la educación comunitaria. Este proceso se fortaleció décadas más tarde con la Ley de la Educación n° 070 Avelino Siñani- Elizardo Pérez del año 2006, y que surgió a partir del Congreso Nacional de Educación en la ciudad de Sucre, cuya normativa estableció una educación a través del “Currículo Base del Sistema Educativo Plurinacional” fundado en el artículo 6° de la Ley n° 070 que dispone: “La educación es intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo”. (Ley 070, 2010).

Los Consejos Educativos de Pueblos Originarios (CEPOs) forman parte de las organizaciones que componen la CSUTCB, cuyo principal objetivo es apoyar la educación dentro de las comunidades indígenas y el acceso de los jóvenes a un mayor número de años y niveles de escolaridad. Estas entidades fueron creadas en 1994 por la Ley n° 1. 565 de Reforma Educativa y ratificadas por la Ley n° 070 de la Educación

Boliviana “Avelino Siñani-Elizardo Pérez” del año 2010. Los CEPOs “son organizaciones de participación social en educación de las naciones y pueblos indígenas originarios de Bolivia reconocidos legalmente desde 1994 por el Estado boliviano y a partir del 2004 desarrollan un trabajo coordinado en todo el país. Actualmente son once CEPOs que funcionan en todo el país: Consejo Educativo Aymara (CEA), Consejo Educativo Amazónico Multiétnico (CEAM), Consejo Educativo de la Nación Quechua (CENAQ), Consejo Educativo del Pueblo Indígena Guarayo (CEPIG), Consejo Educativo del Pueblo Originario Chiquitano (CEPOCH), Consejo Educativo del Pueblo Originario Guaraní (CEPOG), Consejo Educativo del Pueblo Originario Indígena Mojeño (CEPOIM), el Consejo Educativo del Pueblo Yuracaré (CEPY), el Consejo Educativo de la Nación Uru (CENU), Consejo Educativo de la Nación Tsimané (CENITs) y Consejo Educativo del Pueblo Afroboliviano (CEPA)” (CNC-CEPOs. Recuperado el 03 de septiembre de 2015, de <http://www.cepos.bo/cnc-cepos/>)

Los CEPOs como entidad que supervisa las instancias educativas y entrega asesoría al Ministerio de Educación de Bolivia, “... inciden y participan con poder de decisión en la planificación, organización, ejecución, seguimiento y evaluación de políticas educativas intraculturales, interculturales y plurilingües, con enfoque científico productivo integral, comunitario y descolonizador, en coordinación con otras instancias en los niveles y ámbitos territoriales del sistema educativo plurinacional, respondiendo a las demandas locales, regionales, nacionales e internacionales en la búsqueda de una educación de calidad y pertinencia de acuerdo a las características socioculturales”.

Por su parte, la nueva Ley de Educación forma parte del proceso constituyente, tal como señala el Ministerio de Educación de Bolivia: “El actual proceso de cambio que vive el país recupera la memoria y experiencias de los pueblos y naciones indígenas originario-campesinos, afrobolivianos y comunidades interculturales, promoviendo un modelo educativo sociocomunitario productivo, que responde a las características de una educación en dialogo complementario intracultural e intercultural en armonía con la Madre Tierra y el Cosmos, para vivir bien.” (Ministerio de Educación, 2012:5)

La incidencia de los CEPOs está directamente ligada con la reconstrucción del nuevo Estado boliviano, que se inició mucho antes del

proceso del que resultara la Asamblea Constituyente. Esta instancia organizativa de base comunitaria constituye, junto a la Confederación de los Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB) y la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia (CSUTCB), la plataforma que luchó con los pueblos indígenas por el reconocimiento de derechos y la participación activa dentro de los procesos democráticos del Estado.

Como señalamos anteriormente, el Estado boliviano, durante la modernización del Estado en la década de los años noventa, había comenzado una apertura a la multiculturalidad reconociendo la diversidad cultural de la nación, pero no en términos de la participación política ni en la toma de decisiones frente al uso de los recursos naturales.

El gobierno de Sánchez de Lozada incorporó como vicepresidente a un indígena, Víctor Hugo Cárdenas Conde, quien apoyó el reconocimiento constitucional de los diferentes pueblos indígenas del país. Al alero de las nuevas formas de participación social, los CEPOs se fueron convirtiendo en instancias de diálogo entre las comunidades indígenas y el Estado. Sus representantes se organizaban para influir en la promoción de la educación de los distintos pueblos indígenas, apoyados por instituciones no gubernamentales y financiados, en algunos casos, por aporte de otros Estados.

Una de estas instituciones fue el Programa de Educación Intercultural Bilingüe para países Andinos, con sede en la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba, que sirvió de base para el fortalecimiento de los CEPOs y de sus dirigentes. Este Programa a través del proyecto Tantanakuy, financiado por el gobierno Finlandés, permitió realizar un levantamiento de información de los diversos diagnósticos de necesidades educativas de los 32 pueblos indígenas existentes en Bolivia. El trabajo de los equipos de campo dio lugar a una reflexión de las comunidades y sus dirigentes sobre lo que se quería realizar y para ello era indispensable que una Nueva Constitución reconociera la plurinacionalidad de los componentes de este país.

Los efectos de la Guerra del Agua de Cochabamba en enero del año 2000 y los constantes levantamientos de los campesinos, especialmente de los cocaleros encabezados por Evo Morales, así como los sucesivos paros sindicales complicaban la estabilidad de la política interna del país.

Luego el quiebre institucional, originado por la Guerra del Gas en octubre del año 2003, trajo consigo el fortalecimiento de las dirigencias civiles de indígenas, campesinos, mineros y obreros, incluyendo parte de los miembros de la policía, que pedían ser partícipes del cambio de la nación. Las organizaciones indígenas tuvieron el apoyo de los CEPOs y se constituyeron en la base de transformación ideológica donde el indígena, “el indio”, se convertía en el actor fundante de una nueva nación que reconocía a las naciones originarias de la República: los indígenas, los criollos o mestizos, los afrodescendientes y los migrantes.

Cabe destacar, que para la participación representativa en la Asamblea Constituyente de Bolivia hubo un elemento muy importante para lograr la cohesión social necesaria que permitiera legitimar dicha representatividad. No fue tarea fácil, sin embargo, la “historia larga” –a la que nos referimos al inicio de este artículo- de la construcción de un Estado Nación Plurinacional. Fue esencial el fortalecimiento de las bases organizativas indígenas bajo el modelo de los ayllus, entidades territoriales administrativas tanto del territorio como de la sociedad aymara y quechua, y de los resguardos de Tierras Bajas, que hizo posible mantener cierto nivel de autonomías frente al Estado y al empresariado neoliberal. Mediante esta estrategia de representatividad social, las comunidades indígenas y los pueblos originarios tuvieron presencia, a través de sus organizaciones y dirigentes, siendo capaces de informar a las bases y actuar como interlocutores con las autoridades en las diferentes discusiones que se desarrollaron durante la discusión de la Nueva Constitución del Estado Boliviano.

La concepción de un Estado Plurinacional surgió a partir de la Guerra del Agua ya que fue en ese momento, cuando los regantes y campesinos indígenas se percataron de su poder al actuar junto con la sociedad civil, que se sumaba a esa lucha. Esta situación provocó que el proyecto de Aguas del Tunari no se concretara, sirviendo posteriormente como modelo para el bloqueo de la ciudad de La Paz y el levantamiento civil en el Alto. De los encuentros y debates de las organizaciones indígenas, con la participación de los dirigentes de los CEPOs, nació la idea del reconocimiento del Estado Plurinacional, pues se admitía la preexistencia de naciones de pueblos originarios:

Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, de-

mocrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

Artículo 2. Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley.

Artículo 3. La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano.

Otro elemento importante es el reconocimiento cultural y lingüístico de las naciones que componen Bolivia, del que se ocupa el siguiente artículo de la Constitución Política:

Artículo 5. I. Son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que son el aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu'we, guarayu, itonama, leco, machajuyai-kallawayá, machineri, maropa, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco.

Por otra parte y siguiendo el artículo citado, la educación nacional debía promover la generación de un nuevo ciudadano. La Ley de Educación del año 2010 dispone en su artículo I, inciso 6 que “La educación es intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo”. En el inciso 5 agrega que “La educación es unitaria, pública, universal, democrática, participativa, comunitaria, descolonizadora y de calidad”. La implementación de dicha normativa no ha estado exenta de críticas, pero constituye un avance para la construcción de una sociedad más inclusiva.

III

La experiencia de los CEPOs Educativos en la formación del Estado Plurinacional de Bolivia, en torno a la participación de las comunidades de base representadas por cada uno de los pueblos indígenas bolivianos en el proceso constituyente, nos lleva necesariamente a plantearnos cuál es el escenario en que nos encontramos hoy y el modo en que las organizaciones indígenas tengan la posibilidad de participar representativamente en este tipo de proceso sociopolítico.

En lo particular, los nueve pueblos indígenas que la Ley n° 19. 253 (Ley 19. 253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, 1993) reconoce, no tienen resguardo constitucional, ya que todos son tratados como chilenos. La definición de un Estado unitario bajo una misma nacionalidad, nación, ciudadanía no ha dejado espacio para la diversidad existente y ha desconocido la preexistencia de estos pueblos originarios que han mantenido sus prácticas culturales y en algunos casos, lingüísticas. La propuesta autonómica planteada por una parte de los miembros del pueblo mapuche aún no logra la cohesión necesaria para enunciar un proceso posible. En el caso del pueblo rapa nui, la autonomía que demanda no ha querido ser reconocida ni debatida por el Estado.

La propuesta del gobierno actual de iniciar un “Proceso Constituyente” choca con los intereses de las élites económicas y políticas del país, que ven con temor una participación proactiva de las diversas instancias sociales, y que en el caso de los pueblos indígenas se complejiza, sobre todo en el ámbito de los derechos territoriales y uso de los recursos naturales de las zonas que habitan. Esto refleja que los pueblos indígenas de Chile y sus organizaciones se encuentran en un fraccionamiento social que agudizó la dictadura militar al perseguir a sus dirigentes y dismantelar la propiedad comunitaria de la tierra. Del mismo modo, la actual Ley Indígena destruyó las formas organizativas tradicionales de estos pueblos, cambiándolas por las utilizadas en las juntas de vecinos (Presidente, Secretario, Tesorero), y permitiendo que se formen nuevas comunidades con la división de ellas. Esta situación podría actuar como limitante de la idea de generar las respectivas representatividades, que sean validadas por la mayoría de los miem-

bros de los nueve pueblos indígenas. Son diversos los desafíos que se presentan para lograr una efectiva participación en el proceso constituyente, y en definitiva, para la reconstrucción de la nación a través de una Asamblea Constituyente, siendo ésta un anhelo de población nacional, que ve en la actual Constitución una herencia de la dictadura.

Frente a lo mencionado surge en primer lugar, la necesidad de articular con éxito los nueve pueblos indígenas reconocidos por la Ley Indígena; en segundo lugar, de determinar el tipo de participación efectiva de éstos, dificultada por su fraccionamiento y poca cohesión entre ellos. En segundo término, el tiempo limitado para participar hará que sólo las organizaciones más activas socialmente logren articularse con los grupos que encabezan el proceso. Por ello nos preguntamos: ¿Cómo asegurar la efectiva participación representativa para iniciar el proceso constituyente desde las minorías étnicas en Chile? En las actuales condiciones de las organizaciones y comunidades, ¿las dirigencias serán capaces de reorganizarse y discutir con sus bases un método para contar con representantes validados?, ¿qué incidencia tendrán las élites intelectuales de origen indígena?, ¿cómo se aplicará el Convenio n° 169 de la OIT para hacer efectiva la consulta indígena dentro de este proceso?, ¿con qué capacidad organizativa contamos para desarrollar estos procesos?

Son muchas las interrogantes que se nos plantean y los espacios para la discusión son reducidos para el debate y la proposición de fórmulas, pero esperamos que de algún modo podamos participar en la construcción de un Estado y una sociedad que reconozca la diversidad cultural, lingüística y social de Chile.

La reflexión que nos queda después de describir las condiciones que favorecieron a los pueblos indígenas de Bolivia para ser fundantes de la nueva ciudadanía boliviana, es que ellos se basaron en su reafirmación identitaria como sujetos políticos, es decir, adquirieron un auto reconocimiento étnico (pueblos naciones originarias). Gracias a una población mayor al 60% de origen indígena y principalmente a la mantención durante siglos de formas organizativas tradicionales, lograron generar las condiciones para una participación efectiva y proporcional de sus miembros en el proceso constituyente. Una importante institución indígena, previamente reconocida, validada y proponente, que favoreció estas condiciones fueron sin duda los CEPOs. Las actuacio-

nes de los diversos pueblos indígenas, que lucharon por mantener una educación que reconociera la diversidad cultural y lingüística, sirvieron de base para su constitución como nación “plurinacional”. ¿Cuál será nuestra propuesta para que los pueblos indígenas de Chile se vean reflejados en una Nueva Constitución?

Bibliografía

- ALBÓ, Xavier 1990 (1987) “De MNRistas a kataristas de Katari” en Stern, Steve (comp.) Resistencia, rebelión y conciencia campesina en los Andes. Siglos XVIII al XX (Lima: IEP).
- ALBÓ, Xavier y BARRIOS, Franz (2006) Por una Bolivia plurinacional e intercultural con autonomías (La Paz: PNUD Bolivia).
- ANDERSON, Benedict 2000 (1983) Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y ladifusión del nacionalismo (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica).
- ANCAPI, Ana (2013). Informe: Estado actual de las políticas públicas y programas de desarrollo orientadas a la población indígena en los países: Argentina, Bolivia, Perú, Ecuador, México, Colombia. ICIIS- Universidad Católica de Chile. Paper en revisión.
- CONAMAQ, CSUTCB, CIDOB, APG, CSCB, FNMCB “BS”, CEAM, CEPOG, CENAQ, CEA 2004 Por una educación indígena originaria. Hacia la autodeterminación ideológica, política, territorial y socio-cultural (Santa Cruz).
- BRIENEN, Marten 2005 “Por qué Warista no es lo que parece: la escuela-ayllu y el establecimiento del control estatal en la educación indígena” en Robins, Nicholas (comp.) Cambio y continuidaden Bolivia: etnicidad, cultura e identidad (La Paz: Plural).
- GARCÉS, Fernando (resp.) 2010 El Pacto de Unidad y el proceso de construcción de una propuesta de Constitución Política del Estado (La Paz: Programa NINA/CREFREC/Caritas/CEJIS/CENDA/Agua Sustentable).
- GARCÉS, Fernando 201. Los Indígenas y su Estado plurinacional: Una Mirada al Proceso Constituyente Boliviano. CLACSO. Cochabamba.
- GARCÍA LINERA, Álvaro 2007 “Estado Plurinacional: una propuesta democrática y pluralista para la extinción de la exclusión de las nacio-

nes indígenas” en García Linera, Álvaro, Tapia, Luis y Prada, Raúl La transformación pluralista del Estado (La Paz: Muela del diablo/Comuna).

GARCÍA LINERA, Álvaro 2009 El Estado Plurinacional, Ponencia presentada en la Escuela de Fortalecimiento y Formación Política “Evo Morales Ayma” (La Paz, 10 de marzo de 2009).

Pacto de Unidad 2007 Propuesta consensuada del Pacto de Unidad. Constitución Política del Estado. “Por un Estado Unitario Plurinacional Comunitario, Libre, Independiente, Soberano Democrático y Social (Sucre, 23 de mayo de 2007).

PLATT, Tristan 1990 (1987) “La experiencia andina de liberalismo boliviano entre 1825 y 1900: raíces de la Rebelión de Chayanta (Potosí) durante el siglo XIX” en Stern, Steve (comp.) Resistencia, rebelión y conciencia campesina en los Andes. Siglos XVIII al XX (Lima: IEP).

INCLUSIÓN DE LA CATEGORÍA DIFERENCIAL EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL: TENSIONES Y PERSPECTIVAS

*Luisa Fernanda GARCÍA LOZANO**

RESUMEN

Dentro de los principales retos que se han presentado en Latinoamérica con ocasión de los procesos constituyentes desarrollados recientemente, se encuentra la transformación del paradigma jurídico. Así, se evidencia en el derecho la adopción de la aplicación de los enfoques diferenciales, los que pueden ser diversos en razón de la raza, género o edad; sin embargo, cuando se produce una situación en donde se ve involucrado más de un enfoque surge el cuestionamiento sobre cómo debe ser la actuación del Estado. Por ello, el presente texto presenta un estudio de caso de lo que ha sucedido en Colombia frente a las comunidades indígenas y las mujeres, ya que existe un choque de criterios acerca de los elementos de protección que el Derecho debe aplicar. Este aspecto se identifica como un vacío que necesariamente debe tratarse en los procesos constituyentes.

<-> *Abogada de la Universidad Santo Tomás de Colombia. Máster Oficial de la Universidad del País Vasco y de la UniversitàdegliStudi di Milano: Master in Sociology of Law ofrecido por el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. Actualmente se encuentra cursando el Doctorado en derecho en la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Nacional de Colombia, autora de varios textos, docente e investigadora de varias Universidades, entre ellas: Universidad Nacional de Colombia y Universidad Militar Nueva Granada. correo electrónico: trevannian@gmail. com, luisa. garcial@unimilitar. edu. co. Este artículo es un producto de investigación derivado del proyecto Der 1497, titulado “Educación legal para jueces bajo los principios de la constitución de 1991”, financiado por la vicerrectoría de investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada en el periodo 2014.

Introducción

Las Constituciones latinoamericanas iniciaron un proceso de transformación en la década los ochenta, del que resultó la necesidad de cambiar las tendencias jurídicas que a la fecha se habían mantenido sin poder superar los trasplantes jurídicos producidos con los discursos de la independencia. Así, se inicia un nuevo ciclo, el del Constitucionalismo, que da lugar a un cambio en la teoría del Estado y el derecho fundamentándose principalmente en necesidades y contradicciones. En este sentido, esta ola constitucional consiste básicamente en un imaginario de la inclusión de algunas manifestaciones de los movimientos sociales que se desarrollaron a lo largo del siglo XX.

La sociedad empieza a revelar sus matices, evidenciándose la pluralidad cultural, las condiciones sociales, se resaltan las diferencias de género, las dificultades para establecer la identidad sexual de las personas, más allá de su físico. Es decir, se abre la sociedad con sus posibilidades al Derecho y asimismo el Derecho se ve abocado a la transformación. De esta manera, se incluye la perspectiva diferencial en los discursos jurídicos, en principio gracias a la multiplicidad de comunidades étnicas que habitan en la región y sus procesos de reivindicación. El derecho a la igualdad, se transforma para incluir el concepto de diferencia y así, aceptar que el derecho no se puede aplicar de la misma forma para todos.

En los procesos constituyentes esta distinción cobra especial relevancia en cuanto es uno de los principales ejes del constitucionalismo, el derecho y las políticas públicas, por consiguiente, en la práctica, se producen tensiones y rupturas al intentar armonizar países que a lo largo de su historia habían sido concebidos dentro del paradigma de la división así como la fragmentación. Esto se puede constatar tras veintitrés años de implementación de la Constitución colombiana: sus nuevas instituciones, además de los reconocimientos sociales, han producido contradicciones que impactan el derecho -fragmentándolo- y a la sociedad al dejar de lado su principal fin respecto a acuerdos constituyentes, como la protección y garantía del derecho.

El presente texto pretende explicar cómo se han incorporado los enfoques diferenciales en el sistema jurídico colombiano, esencialmente

dentro de su discurso, teniendo como énfasis las categorías etnicidad e indígena, dado que éste representa un símbolo en el contexto latinoamericano, pero en la práctica se han presentado múltiples dificultades para su implementación y la ponderación con los otras perspectivas. El método de trabajo utilizado para el desarrollo de presente trabajo fue el análisis de discurso (Kunz & Cardinaux, 2004) y algunos métodos de investigación social como elaboración de categorías, decodificación y matrices (Strauss & Corbin, 2012).

El presente texto está integrado por 3 partes: 1) la categoría diferencial indígena; 2) la armonización institucional y los enfoques diferenciales; 3) la maximización de la categoría indígena de acuerdo a los elementos que ha desarrollado la Corte Constitucional colombiana. Finalmente, se proponen algunas conclusiones.

1. La inclusión de la categoría diferencial –indígena

La jurisdicción indígena ha sido desarrollada principalmente a nivel jurisprudencial. Ello encuentra su razón en la carencia de reglamentación legal, al igual que en el desconocimiento de la implicación de la categoría de etnicidad en el orden jurídico nacional, por lo cual, adquiere una caracterización *sui generis* que precisa de estudio para una posterior incorporación en un proceso constituyente.

De acuerdo a la literatura especializada en 1991 (Yrigoyen Fajardo R., 2000) (Yrigoyen Fajardo R., 2003) (De Sousa Santos & Garcia Villegas, 2001), con el cambio constitucional, Colombia, se convierte en el país vanguardia del reconocimiento para las comunidades indígenas. En general, en la nueva Constitución, se establece una transformación del proyecto político con el fin de poder incluir aquellos elementos que se concebían como valorativos dentro del marco constitucional. Esto, “significó un ajuste en términos de constitucionalismo: un trance del paradigma positivista (decimonónico) —atosigado, muchas veces, por aditamentos metafísicos de corte *ius naturalista*— a la concepción (neo) constitucionalista de los derechos: haciendo posible acudir a la idea de justicia en nombre de la Constitución”. (Lascarro Castellar & Lascarro Castellar, 2012, pág. 81)

Así, el fondo material de los cambios se encuentra establecido en los contenidos discursivos de cada uno de los derechos. En este sentido, los artículos que deben ser analizados en la Carta Fundamental son: el preámbulo, el artículo 7, 13, 96, 171, 246, 286, 321, 329, 330, 356, entre otros. De igual manera, procede revisar el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989, que se presenta como actualización del Convenio N° 107 de 1957, ratificado por la Ley N° 21 de 1991; y el Decreto N° 1953 del año 2014, considerado por los movimientos indígenas como una reivindicación social. Éstos, en general, son los marcos de desarrollo para la creación de elementos de protección, garantías y emancipación de las comunidades indígenas, a nivel institucional estatal.

Con miras a comprender la dimensión de los contenidos, los derechos que se han buscado proteger, así como la forma de aplicación, se decidió encontrar las categorías que a nivel jurídico se estuvieran utilizando para explicar las tendencias en relación con las instituciones jurídicas, políticas y sociales. Existen múltiples espacios en donde deben desarrollarse los derechos, por ejemplo, entre otros, el ámbito de la etnoeducación, la consulta previa (Estrada, 2014); sin embargo, para los propósitos del presente texto el objeto de estudio es la jurisdicción especial indígena y su derecho. Con tal fin se recurrió como punto de partida a la Cartilla de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, que da lineamientos para la comprensión de los derechos y su aplicación.

En Colombia, dicha institución está adscrita al Consejo Superior de la Judicatura, que es la entidad encargada de administrar la Rama judicial. A la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura se le confió la tarea de implementar y promover el denominado “Curso de Formación Judicial”²⁴⁰, cuyo fundamento legal se encuentra en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley N° 270 de 1996, Artículo 168). En este Curso se señala como su objetivo principal:

“El curso tiene por objeto formar profesional y científicamente al aspirante para el adecuado desempeño de la función judicial. Puede realizarse como parte del proceso de selección, caso en el cual reves-

²⁴⁰ El siguiente aparte tiene fundamento en el libro: García Lozano, Luisa Fernanda (2013) El papel del juez en la sociedad de contrastes: Un análisis de la autonomía funcional del juez en Colombia. Bogotá. Universidad Santo Tomas.

tirá, con efecto eliminatorio, la modalidad de curso-concurso, o contemplarse como requisito previo para el ingreso a la función judicial. En este último caso, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura reglamentará los contenidos del curso y las condiciones y modalidades en las que el mismo podrá ser ofrecido por las instituciones de educación superior”.

Uno de los avances, en términos constitucionales, posteriores a la Carta, fue la creación de instituciones con funciones que permitieron fortalecer la Rama Judicial y brindar la posibilidad de establecer un verdadero sistema jurídico. Todo ello, en consideración de la situación en que se encontraba el sistema judicial colombiano y el conflicto armado, que había deslegitimado el Estado de Derecho. Por tanto, es necesario resaltar cómo bajo los criterios constituyentes, se determinó que la función de los jueces y funcionarios adquiere una real importancia para lograr los fines propuestos. En este sentido, se crea el Consejo Superior de la Judicatura, que entrega el cual las directrices y sirve de soporte para fortalecer la administración de justicia.

La Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, entonces, se constituye en “centro de formación inicial y continuada de funcionarios y empleados al servicio de la Administración de Justicia”, además, con base en acuerdos pedagógicos, como por ejemplo, el Acuerdo N°. PASA 08-5334 de 2008, el Consejo Superior de la Judicatura, desarrolla todo lo concerniente al Curso de Formación Judicial con el objeto de fortalecer a los funcionarios judiciales en las competencias, aptitudes y conocimientos necesarios para el ejercicio de la administración de justicia acorde con los principios previstos en la Constitución de 1991.

A partir de este supuesto institucional, se determinaron las principales categorías de la Cartilla “Módulo de capacitación intercultural” (Consejo Superior de la Judicatura, 2011) para comprender la aplicación desde el discurso institucional constitucional. Luego de realizar una codificación abierta (Strauss & Corbin, 2012, cap. 8) de la Cartilla, se establecieron las siguientes categorías para ser analizadas en los diferentes instrumentos propuestos.

<i>Denominación de la categoría de estudio</i>	Conceptos que la componen	Propiedades	Dimensiones
Usos y costumbres	Cosmovisión Identidades Cultura	Protección	Reivindicación
Resistencia	Historia Luchas Organizaciones Reivindicaciones	Protección	Reivindicación
Justicia	Sistemas Jurídicos Derecho Indígenas Pluralismo	Protección	Reivindicación
Autonomía	Gobierno Territorios Derechos indígenas	Protección	Reivindicación

Para iniciar el análisis se acudió a la sentencia -considerada hito-, T-002 de 2012, Magistrado ponente, Juan Carlos Henao Pérez. Esta sentencia adquiere especial relevancia al determinar los elementos constitutivos de la jurisdicción indígena; asimismo examina los precedentes y precisa las directrices bajo las cuales debe ser entendida esta jurisdicción especial. De la misma forma, es importante señalar que constituye un buen ejemplo para el estudio de la coordinación armónica institucional ya que el caso se conoce por la Corte Constitucional al verse abocado a una colisión de competencias entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. Igualmente, se utilizó la sentencia T-921 de 2013, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretexa Chaljub, que desarrolló los criterios, complementándolos en un caso con hechos similares.

Con el fin de identificar algunas conclusiones no se abordará en extenso la referida sentencia, sólo se resaltarán algunos elementos importantes en el análisis del discurso y las dificultades que se producen cuando en los procesos constituyentes se deja abierta la interpretación de tal forma que las decisiones deban ser tomadas de forma institucional o por lo altos tribunales haciendo que temas tan relevantes como el interculturalismo dé lugar a interpretaciones relativas.

2. ¿Armonía institucional? Como establecer una comprensión de los derechos fundamentales en el marco de la interpretación

La sentencia en estudio tiene como problema jurídico, la denuncia del delito de actos sexuales abusivos a una niña menor de catorce años por parte de su padrastro, en la comunidad Embera. El caso llega a la Corte Constitucional vía tutela, por cuanto la Fiscalía Segunda Seccional de Riosucio, departamento de Caldas, formuló acusación formal contra un miembro de la comunidad Embera, quien aparentemente realizó actos sexuales abusivos contra su hijastra, quien al momento de los hechos, tenía menos de catorce años. Por ello, “el Gobernador del mencionado resguardo dirigió un oficio al Juez de Control de Garantías – Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Riosucio – en el cual planteó el conflicto de competencia, solicitando la remisión del caso a las autoridades tradicionales de su parcialidad con apoyo en el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena que dispone el artículo 246 de la Constitución Política”. Este conflicto de competencias inició la pugna jurídica que llevaría el caso a la Corte Constitucional.

El conflicto de competencias positivo produjo una tensión institucional, que primordialmente se intentó solucionar cuando el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio, Caldas, envía el asunto a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en cuanto el juez considera que dicha institución es la encargada de determinar, “las directrices por las que se debe regir el juez al que le formulen el cambio de jurisdicción, ya sea el de conocimiento o el de Garantías”.

En principio, en el sistema jurídico se ha definido que la entidad encargada de dirimir los conflictos de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena, es el Consejo Superior de la Judicatura. En sentencia T- 009 de 2007, Magistrado Ponente, Manuel José Cepeda Espinosa, estableció: “El órgano competente para dirimir los conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena es el la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Cuando un juez de la jurisdicción ordinaria decide sobre un conflicto de competencias positivo entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena incurre en una vulneración al debido proceso ya que su obligación es remitir el caso al Consejo Superior

de la Judicatura para que éste, como órgano competente para ejercer dicha función, dirima el conflicto”. El Consejo ha mantenido una tendencia de protección hacia los sujetos de especial protección. Empero, en los casos de violación que se han presentado se genera una tensión.

En la sentencia en cuestión, la principal problemática que se presentaba era que los actos sexuales abusivos se produjeron sobre una niña menor de catorce años, miembro de una comunidad indígena. Esto ocasiona que por su condición, sea posible identificar tres características que permiten una aplicación diferencial del derecho a la afectación en donde se maximice su protección: “Mujer”, “niña”, “indígena”.

Comúnmente, el enfoque diferencial se ha “desarrollado desde la teoría de los derechos humanos, en el cual, el centro de la acción del Estado es el **sujeto**, donde las instituciones y las leyes están al servicio del interés general de la efectividad y materialización de los derechos de cada individuo. Se reconoce el imperativo para el Estado a través de sus representantes, de dar respuestas de garantía, protección y restablecimiento de derechos teniendo en cuenta la edad, el sexo, la etnia y la situación socioeconómica de cada sujeto”. (Equipo de la procuraduría para la defensa del menor la familia., 2006, pág. 24)

Por lo cual, teniendo en cuenta que la condición de “niña”, la convierte en un sujeto de especial protección, el Consejo Superior otorga la competencia a la jurisdicción ordinaria, argumentando:

“En primer lugar, que la Jurisdicción Indígena no es absoluta y debe observar ciertos límites en procura de salvaguardar intereses superiores. En segundo lugar expresó que la protección de los derechos de los menores es uno de los fines constitucionales del Estado, imposibilitándose el reconocimiento de un fuero de juzgamiento especial al investigado, por tratarse de un delito reprochable bajo cualquier óptica, sin que sean aceptables argumentos de tipo cultural o étnico”. Finalizó, diciendo que hechos punibles como el que está en debate “por su misma naturaleza, no pueden tener ninguna protección fundada en la condición de indígena, habida cuenta que la jurisdicción especial fue erigida para mantener la identidad, costumbres y tradiciones de los pueblos debidamente asentados.”

Los argumentos de este concepto pueden estar fundados en los siguientes criterios jurídicos:

En Colombia el bloque de constitucional y los desarrollos de la legislación interna, han establecido que los niños son sujetos de protección especial y que, además, necesitan de la intervención del Estado de forma oportuna para garantizar sus derechos. Algunos de los instrumentos internacionales señalados en la Sentencia C- 740 de 2008, Magistrado Ponente, Jaime Araujo Rentería son los siguientes:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 25, n° 2, establece que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales”, y que “todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.
- El principio 2° de la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1959, dispone que: “el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”
- el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968, señala en su artículo 24 n° 1 que “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.
- A su vez, el artículo 10 n° 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y aprobado en Colombia mediante la Ley N° 74 de 1968, prevé que “se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia

- a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”.
- En el mismo sentido, el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrita en 1969 y aprobada en Colombia mediante la Ley N° 16 de 1972, contempla que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.
 - La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 y aprobada en Colombia mediante la Ley N° 12 de 1991.

Igualmente, la perspectiva de género ha tomado mucha fuerza, lo que ha provocado que dentro de la interpretación se utilicen expresiones como “enfoque diferencial”, “perspectiva de género”, o “transversalidad de género” para indicar que se va a imponer esta ideología en todos los ámbitos (Campillo Veléz, 2013, pág. 34). En el auto A-092 del año 2008, Magistrado Ponente, Manuel José Cepeda Espinosa, se indica como el centro de estas obligaciones, principalmente, “ (a) la Declaración Universal de Derechos Humanos, (b) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (c) la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (d) la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y (e) la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”.

De la misma forma, tal y como se había comentado con anterioridad, las comunidades indígenas adquieren una nueva dimensión, en donde no sólo se incorporan a nivel legal algunos derechos, sino que se adopta un enfoque diferencial como medida de protección.

Así, en el caso en comento se evidencia una triple complejidad que protege al sujeto que no ha sido considerada para el análisis y que en ocasiones, la jurisprudencia ha tratado tangencialmente, orientando la interpretación a la maximización del enfoque “indígena”.

En este sentido, se encuentran en términos de género e indígena, dobles o triples negaciones, “a pesar del reconocimiento genérico que se realiza sobre la necesidad de valorar especialmente las condiciones

de vulnerabilidad de las mujeres cuando confluyen varios factores de afectación, no existe en la normatividad que se estudia un instrumento o un acoplamiento que permita diferenciar y especificar los derechos de las mujeres indígenas”. Así pues, “mientras los derechos de los pueblos indígenas corren por la senda de la protección colectiva, sin desarrollar el principio de la igualdad, en tanto que un trato diferente para los diferentes y un trato igual para los iguales dentro de los pueblos, por otra senda corren los derechos de las mujeres, que, en clave liberal-individual, no prestan atención específica a la pertenencia étnica como factor de vulnerabilidad”. (Cruz Rodriguez, 2012)

¿Cómo se ponderan los tres enfoques? ¿Cuál tiene prevalencia? De acuerdo, a lo establecido por la Corte Constitucional, el principio que permearía la armonización del sistema jurídico indígena es:

- La protección de la jurisdicción especial indígena, respecto a su autonomía, en las sentencias, se maximiza en relación con los presupuestos institucionales Estado.

Esta afirmación se fundamenta en que el Consejo Superior de la Judicatura establece la improcedencia de la solicitud de retornar el caso a la jurisdicción especial indígena por cuanto la niña, es un sujeto de especial protección de acuerdo a la misma Constitución. Además, aduce “basta observar la providencia cuestionada, y particularmente la conducta procesal asumida por el Gobernador del resguardo, para concluir que los tópicos presentados hoy con el recurso de amparo no fueron ventilados ante las instancias judiciales ordinarias, por lo tanto la parte actora dejó cerrar los escenarios naturales donde debió debatir tales problemas jurídicos”.

Por otro lado, y en el mismo sentido, la sentencia T-921 de 2013, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretextá Chaljub, resuelve nuevamente un caso de colisión de competencias y juzga un Indígena Embera por “acceso carnal abusivo agravado con menor de 14 años”. El Consejo Superior de la Judicatura “decidió mediante providencia del 31 de julio de 2012 adscribir el conocimiento del caso a la jurisdicción ordinaria por los siguientes motivos: (a) la prevalencia del interés del menor sobre el reconocimiento de fueros especiales, (b) teniendo en cuenta el grado de culturización y el nivel académico del imputado, no es posible aseverar su arraigo y obediencia, ciega a los usos y cos-

tumbres que rigen las comunidades indígenas sin que por ello se haya dejado de pertenecer a las mismas; (c) la víctima es menor de 13 años y el victimario tiene 26 años y grado universitario y que las relaciones sexuales no serían consentidas”. Argumentos muy similares a los expuestos con anterioridad.

Además, “señaló que no se configura el requisito de inmediatez toda vez que han transcurrido 5 meses y 18 días desde la presunta vulneración, lo cual demuestra que no se configura este requisito, pues la naturaleza de un derecho fundamental implica la necesaria urgencia de acudir al juez para su protección”.

En los dos casos, más allá de presentarse el mismo delito en contextos diferentes, la fiscalía resalta que los gobernadores han tenido una actitud pasiva al momento de defender los derechos de las niñas y que por tanto, es preciso aplicar la jurisdicción ordinaria con el objetivo de cumplir los requisitos del Estado.

Entonces, ¿Por qué es necesaria una interpretación constitucional? ¿Los fines del Estado no son proteger y garantizar a todos los ciudadanos? La sentencia T-002 de 2012, Magistrado ponente Juan Carlos Henao Pérez, finalmente declaró “por tanto mal puede el extremo demandatorio acudir ahora a este mecanismo constitucional de amparo a proponer criterios de interpretación no alegados en la oportunidad procesal respectiva (...) pues no puede considerarse la acción de tutela como una instancia adicional, proceder que desfigura su naturaleza residual”. Partiendo de este supuesto el discurso se desarrolló de la siguiente manera:

El límite es un elemento esencial para establecer el amparo constitucional, en la sentencia, el argumento para determinar el amparo consiste en que “los límites solo pueden establecerse sobre la base de un consenso en torno a lo verdaderamente inaceptable desde la óptica de los derechos humanos, tratando siempre de que el mencionado consenso sea lo más incluyente posible respecto de todas las culturas existentes en el territorio”, esto deliberadamente es conducente a maximizar la autonomía y por tanto, debilitar los otros enfoques.

Es así como se abre la discusión acerca de dos aspectos a considerar al emitir un fallo en casos de esta Corte. El primero tiene relación con la

teoría del Estado, la modificación de uno de los principios que predominó el Estado de Derecho y que, en la actualidad presenta mayores dificultades, al momento de aplicar estos temas a la práctica: el interés general, puesto que, resalta las dimensiones del Estado a varios posibles sujetos de derecho, como son los individuos, entidades jurídicas, sujetos colectivos y la nación. La tensión se marcará principalmente en los sujetos colectivos *versus* la nación en cuanto a los intereses que cada uno se trace.

El interés general como valor supremo en la actualidad no es un principio, la consagración de un Estado Social de Derecho cause la diversidad, el pluralismo y la inclusión (Sentencia T-428 de 1992 M.^a *Ciro Angarita Barón*) tengan una connotación mayor en la toma de decisiones del Estado, por cuanto, si bien: “La Constitución establece la prevalencia del interés general en su artículo primero, pero también establece la protección de numerosos valores relacionados con intereses particulares, como es el caso de los derechos de la mujer, del niño, de los débiles, etc. El Estado Social de Derecho y la democracia participativa, se han ido construyendo bajo la idea de que el reino de la generalidad no sólo no puede ser llevado a la práctica en todas las circunstancias, sino que, además, ello no siempre es deseable; la idea del respeto a la diversidad, al reconocimiento de las necesidades específicas de grupos sociales diferenciados por razones de cultura, localización, edad, sexo, trabajo, etc., ha sido un elemento esencial para la determinación de los derechos sociales económicos y culturales y en términos generales, para el logro de la justicia” (Sentencia T-428 de 1992, Magistrado Ponente *Ciro Angarita Barón*, Sentencia T-007 de 1995, M. P. *Antonio Barrera Carbonell*, Sentencia SU. 383/03 M. P. *Álvaro Tafur Galvis*).

Bajo los anteriores argumentos se transformó la teoría clásica del Estado, de modo que: a) el interés general sobre el particular se volvió un principio relativo, en virtud de las condiciones y contextos que se aplica; aspecto que impacta directamente la autonomía nacional y la particular (Sentencia C-077/12, M. P. *Mauricio González Cuervo*); b) la concepción de este derecho-principio tiene un fuerte contenido de interpretación, se estableció la ponderación como herramienta esencial para determinar las acciones y funciones en los diferentes niveles; c) los valores constitucionales, es decir, el contenido social son los principios que determinan límites o niveles de autonomía.

En este sentido, cabe preguntarse, cómo opera dicha perspectiva para materializar el amparo ya que en la sentencia en cuestión, el argumento para conceder la jurisdicción especial indígena sobre la jurisdicción ordinaria es respecto al sujeto, es una prevalencia del sujeto colectivo sobre el individual, lo que produciría una contradicción a los principios enmarcados en la Constitución, la cual establecía la individualización de los derechos, con miras a alcanzar una máxima protección. La Corte, expresa: “el juez constitucional no puede perder de vista el hecho de que el menor indígena es, en sí, gestor de su propia cultura, por lo que la protección de sus derechos constituye al mismo tiempo una valiosa oportunidad para perpetuar saberes y costumbres ancestrales fundamentales para la conservación de la diversidad y la promoción del respeto por la diferencia”.

Esta contradicción varía en función de los alcances de las teorías del derecho que se estén aplicando, puesto que la aplicación del marco constitucional depende principalmente de la interpretación que se le otorgue al mismo. Es así como, sería posible encontrar desde marcos positivos, garantistas, la individualización del sujeto para la aplicación y protección del mismo. Esta teoría, “surgió en el ámbito de los derechos fundamentales, pero ofrece claves para su expansión al dominio político. Los derechos individuales y colectivos no se agotan en las relaciones con los órganos del poder o con otros particulares. Los derechos que derivan de las libertades públicas y de la representación política tienen como correlato las obligaciones de los gobernantes conocidas como responsabilidades políticas. En sistema, en que sólo se contemplen libertades para los gobernados, pero no responsabilidades para los gobernantes, se carece de garantías jurídicas que confieran validez al régimen político” (Valadez, 2011, pág. 1268).

O paralelamente, dentro de las teorías interculturales, la emancipadora busca “ que los textos constitucionales se construyan herramientas que construyan una hermenéutica y una doctrina pluralistas, a fin de salvar sus limitaciones o inconsistencias y garantizar que el principio del pluralismo igualitario y el proyecto descolonizador puedan realizarse en las normas secundarias, la jurisprudencias y la política pública ” (Yrigoyen Fajardo R., *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*, 2011, pág. 154). Es decir, a través de la interpretación maximizar las comunidades indígenas.

En las sentencias en cuestión, se observó que existe una amplia tendencia al segundo modelo de análisis, la emancipación, dado que más de allá de los derechos individuales y los marcos jurídicos estatales se encuentra la protección de las comunidades indígenas, es decir, de los derechos colectivos.

El segundo aspecto a considerar al momento de fallar la Corte estos casos, se constituye en otra de las discusiones muy usual en los Estados contemporáneos y que atraviesan la discusión: “los derechos humanos”. Dentro de las sentencias se utilizan los derechos humanos como base de la armonización cuando se encuentran contradicciones entre derechos. Entonces, es posible cuestionarse si los derechos humanos podrían contener las virtudes y el consenso sobre las diferentes tradiciones jurídicas. Este tema ha sido discutido por el profesor Boaventura de Sousa Santos (De sousa Santos, *Hacia Una concepción multicultural de los derechos humanos*, 2002) (De sousa Santos, *Derechos Humanos, democracia y desarrollo*, 2014), en donde a través de una crítica muy seria de la fundamentación y el origen de los mismos expone la tensión de los fines de este tipo de derechos, la orientación de la protección, así como la aplicación dependiendo de los sujetos y la necesidad de establecer el contenido de los mismos. La discusión inicia, cuando se intenta establecer si son discursos homogenizantes o emancipatorios:

“El hecho de que otras gramáticas y otros lenguajes de la emancipación social fueron derrotados por los derechos humanos, sólo puede ser considerado inherentemente positivo, si se demuestra que los derechos humanos tienen un mérito como lenguaje de la emancipación humana, que no deriva sólo de haber sido victoriosos. Hasta que esto se demuestre, el triunfo de los derechos humanos puede ser considerado por algunos un progreso, una victoria histórica, y por otros, un revés, una derrota histórica” (De sousa Santos, 2014, pág. 27).

Si se consideran como un discurso de accidente propio de los enclaves culturales de las revoluciones liberales, la pregunta estaría sustentada en la relación o diálogo de las comunidades indígenas, que en este caso, son quienes históricamente han centrado su principalmente en contrarrestar la cultura jurídica mayoritaria, así como sus procesos políticos.

Los derechos humanos fueron concebidos como un contra discurso que permitía la protección de derechos, por lo tal fue considerado como una reivindicación, no obstante se pone de manifiesto que dicha problemática se evidenciara primordialmente al momento de aplicar el derecho en el caso en concreto, los criterios de interpretación finalmente serán aquellos que solucionan la situación. Es decir, en algunos casos el criterio “derechos humanos” será emancipador y en algunos otros no lo será. Esta perspectiva puede ser vista tanto para la sociedad civil en general como para las minorías que se intentan proteger. La relatividad del discurso se apropia de la orientación del juez.

Así dentro del análisis del discurso se evidencia como éstos son utilizados como potencializador de los derechos, de manera que: “En cuanto al segundo parámetro, vale la pena precisar que, si bien existe una tensión entre el principio de diversidad étnica y cultural y el sistema de derechos fundamentales que defiende la Constitución de 1991, esta aparente contradicción no exime al Estado de su deber de preservarla convivencia armónica entre la comunidad mayoritaria y las diferentes culturas existentes en Colombia. Así, una estrategia para alcanzar dicha armonía consiste en definir los derechos humanos como dispositivos mínimos necesarios para garantizar la convivencia pacífica, definición cuyo punto de partida es el respeto de la dignidad de cada ciudadano. De esta forma, los actos que llevan a cabo las comunidades indígenas amparándose en su autonomía encuentran su límite en el respeto a la dignidad humana” (Sentencia T – 002 de 2012, M. P. Juan Carlos Henao Pérez).

A nivel latinoamericano, profesores como María Teresa Sierra, han manifestado que “los pueblos indígenas se han apropiado del discurso de los derechos humanos, para ganar legitimidad ante el Estado, y para sus propios fines de control interno. En este proceso se observa un gran esfuerzo al interior de las organizaciones indígenas para discutir maneras diferentes de pensar la relación entre individuo y colectivo, desde los propios marcos culturales, hasta el fin de renovar las prácticas de la justicia y del Derecho Indígena... Observamos experiencias de comunidades indígenas que incorporan el discurso de los derechos humanos, en su versión individual como colectiva, para enriquecer sus formas de gobierno y de justicia. Lo que, a su vez, está permitiendo que grupos subordinados, como las mujeres, se valgan de los derechos

humanos para discutir temas tan importantes como la opresión de género. Se generan así nuevos retos para pensar la diversidad y la pluralidad al interior de las propias sociedades indígenas, situación que impacta en sus sistemas normativos y presiona a su redefinición” (Sierra, 2014, págs. 46-47). En otras palabras, los derechos humanos han sido herramientas que se utilizan de acuerdo a las comunidades.

Dentro del discurso de las sentencias, se identifican como principales propiedades y dimensiones, los elementos de protección y reivindicación, que generan una regla de interpretación en estos casos: dependiendo de cada caso y sus características, es posible aplicar los criterios interpretativos, ya sea derechos humanos como emancipación o como homogeneizador.

La maximización de los derechos indígenas

Posterior al análisis sobre la ponderación de los enfoques se hace evidente la maximización de los derechos indígenas por parte de la Corte Constitucional, al ser ella la encargada de establecer las directrices para el funcionamiento de la jurisdicción indígena. ¿Es necesario realizar dicha maximización? ¿Se protegen los derechos de los colectivos con este amparo?

Dado que la confusión de adoptar una jurisdicción establece varios retos y nuevas formas de comprender el derecho que no se habían tenido en cuenta con anterioridad en el mundo jurídico, se decidió brindar un mayor amparo y proponer la maximización de los mismos más allá de las formas jurídicas para así comprender la relación usos y costumbres como fundamento de los sistemas jurídicos indígenas. En tal sentido, las profesoras Esther Sánchez e Isabel Cristina Jaramillo identificaron que para asumir un caso en la jurisdicción indígena “en primer lugar hay que establecer hechos controvertidos; en segundo lugar, definir e interpretar la vulneración al sistema de normas establecido y, en tercer lugar, crear en caso necesario nuevas normatividades o explicaciones acordes con los principios culturales. El establecimiento de hechos está regido por las complejas normas que suelen variar en las diferentes jurisdicciones en lo que atañe a cuestiones tales como el modo de presentar la defensa o admisión de distintas clases de prue-

bas” (Sánchez & Jaramillo, 2007, pág. 50). Es decir, la diversidad de conceptos y la necesidad de inclusión producen la preponderancia de los usos y costumbres de las comunidades indígenas para la garantía y protección de los mismos.

Por tal motivo, “las instituciones judiciales estatales antes de emitir sus decisiones en los casos indígenas, o cuando una de las partes es un indígena, deben contar con suficientes elementos de juicio para tener claridad en el reconocimiento de las diferencias, culturas y así poder interpretar la cosmovisión indígena, la cual han de incluir en sus valores axiológicas” (Valinte, 2012, pág. 60).

Teniendo como base las sentencias T – 002 de 2012, Magistrado Ponente (M. P) Juan Carlos Henao Pérez y T-921 de 2013, M. P Jorge Ignacio Pretextá Chaljub, la jurisdicción indígena se compone de los siguientes elementos, igualmente éstos pueden encontrarse en los textos que trabajan la jurisdicción (Sánchez, Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia, 2004) (Estrada, 2014):

“(i) Un elemento humano, consistente en la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural; (ii) Un elemento orgánico, que implica la existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades; (iii) Un elemento normativo, de acuerdo con el cual la respectiva comunidad se rija por un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedimental; (iv) Un ámbito geográfico, de acuerdo con el que la norma que establece la jurisdicción indígena remite al territorio, el cual según la propia Constitución, en su artículo 329, deberá conformarse con sujeción a la ley y delimitarse por el gobierno con participación de las comunidades y; (v) Un factor de congruencia, en la medida en que el orden jurídico tradicional de estas comunidades no puede resultar contrario a la Constitución ni a la ley”

Asimismo, los límites son:

- (i) Los derechos fundamentales y la plena vigencia de éstos últimos en los territorios indígenas. En este sentido, no podrá afectarse el núcleo duro de los derechos humanos.

- (ii) La Constitución y la ley; en especial, el debido proceso y el derecho de defensa.
- (iii) Lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre constituidos por el derecho a la vida, por las prohibiciones de la tortura y la esclavitud y por legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas.
- (iv) Evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana.

Este marco establecido por la jurisprudencia se transversaliza por los principios propuestos por la Corte como garantías de la protección de las comunidades indígenas, los cuales son:

(i) A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía; (ii) los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; (iii) las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural y; (iv) los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.

Este marco debe ser entendido como una forma de protección, de modo tal que se establece que la base para el ejercicio de la jurisdicción es garantizar el ejercicio cultural, por tanto, se minimizan sus límites, en este sentido: “La posibilidad de ejercer la autoridad en el territorio indígena estará mediada por su capacidad de entablar una relación solidaria con el ordenamiento jurídico tradicional, que implique la salvaguarda de principios mínimos que irradian todo el sistema jurídico, hecho que otorga a cambio la minimización de las restricciones que se le imponen al ejercicio jurisdiccional especial indígena” (Carrillo, 2009, pág. 96). Es por ello que se entiende como una maximización.

3. A manera de conclusión

Posterior al análisis se produce una preocupación, ¿están listos los Estados latinoamericanos para abordar el proceso? Las transformaciones de las Constituciones y los paradigmas jurídicos se generaron en pro de un cambio social en que los países latinoamericanos cambiaron sus cimientos excluyentes por discursos de inclusión y reconocimiento, por tanto, retomar los elementos que dio la posmodernidad, brindó espectros que implicaban una gran complejidad en el sistema jurídico en relación con la sociedad. Las diferenciaciones suponían discursos con triples garantías, amparos por cada sujeto, además de la reivindicación individual y/o colectiva, lo que causa grandes preguntas acerca de la aplicación del derecho y respecto de la posibilidad de que los abogados puedan abordar esta problemática.

De acuerdo al estudio de caso que se desarrolló en el presente texto, se revela que dicha complejidad no ha sido comprendida y que los parámetros de comprensión, al igual que de reivindicación, cada vez son más relativos, lo que genera desconfianza en el sistema, el Estado y que se pierdan los elementos esenciales que caracteriza el derecho.

Aunque de acuerdo a la literatura especializada los retos frente a las comunidades indígenas, son bastos y falta por recorrer mucho camino, existe una concordancia entre las decisiones de la Corte, el módulo intercultural de la escuela y los fines políticos que se han trazado las comunidades a través de organizaciones como la ONIC, el CRIC, etc. Empero, es necesario plantearse algunos cuestionamientos:

A través de la historia las mujeres han sido víctimas de discriminación, exclusión, violencia. Esto no sólo se ha generado en la cultura mayoritaria, en diferentes contextos, como el conflicto, en donde se ha reportado que las mujeres son víctimas de violencia como arma de guerra, son doblemente victimizadas, además de los impactos a que nivel familiar han afectado las estructuras sociales básicas, (Unesco, 2013) (Centro de estudios para las mujeres y la equidad de género, LXI Legislatura Cámara de Diputados, 2011) o en el sistema de justicia en donde una reciente investigación estableció: “Concluimos que los delitos de mayor impacto para las mujeres y con más alto nivel de desproporción de victimización femenina son la violencia sexual, la

violencia intrafamiliar y la inasistencia alimentaria. Esto, además, sugiere que las lesiones personales, que corresponden entre un cuarto y un quinto de las víctimas de delitos, surgen en situaciones distintas a las lesiones que afectan a los hombres. Los fenómenos criminales descritos, suceden adentro o en relación con ámbitos familiares. Esto, en comparación con los hombres, a quienes los fenómenos criminales que más los afectan surgen en ámbitos de mayor interacción social". (La rota, Lalinde, Santa, & Uprimny, 2014, pág. 255)

Igualmente se ha reportado que las comunidades indígenas culturalmente tienen una estructura patriarcal, machista, que por supuesto incide en las aplicaciones y sus prácticas. Por ejemplo, El profesor Michael Cruz, advierte una posición de los discursos de género dentro de las estructuras identitarias indígenas, en los siguientes términos: "sostenida principalmente por hombres, quienes ejercen mayoritariamente la autoridad dentro de los pueblos indígenas, expuestos como argumentos jurídicos en tanto legítimos para la comunidad, refuerzan la posición de los hombres y la subordinación de las mujeres, aniquilando su conciencia de subordinación, naturalizando y legitimando el dominio masculino" (Cruz Rodriguez, 2012, pág. 314).

Por lo tanto, ¿no es deber del Estado proteger a las mujeres, principalmente niñas, en un contexto cultural como el colombiano?, ¿o en contextos culturales donde existe doble discriminación?, ¿cómo se ponderan los enfoques? Este interrogante surgió especialmente cuando la Corte concedió competencia a la jurisdicción indígena pese a haberse demostrado que ésta no había actuado en forma idónea ¿Prevalcen los derechos colectivos frente a los individuales, aun cuando éstos vulneren a un sujeto específico? Esta ambivalencia podría ser resuelta por los principios del Estado Social de Derecho, pero para esto es necesario maximizar la protección de los sujetos como forma de fortalecer los sujetos colectivos.

La ambivalencia entre los patrones diferenciales de reconocimiento, los constructos sociales, el Estado y el Derecho crean la necesidad de tener un cimiento claro que permita fijar un punto de inicio en los procesos emancipatorios, la maximización de las culturas indígenas como eje de reivindicación en tensión frente a la violación de algunos sujetos individuales y estatales, la falta de armonización de los mismos produce caos y por tanto, ineficacia, ya que los procesos de transformación cultural se desarrollan a través del tiempo.

Entonces, la transversalidad de los enfoques y directrices de su aplicación es una necesidad que puede ser definida desde los procesos constituyentes. La identificación de este tipo de situaciones posibilita la discusión y el establecimiento de los fines, además de los fundamentos de un país, que procura armonizar las situaciones de los diferentes miembros de la sociedad que allí habitan.

Bibliografía

- ACUERDO No. PASA 08-5334 de 2008, el Consejo Superior de la Judicatura.
- CAMPILLO VELÉZ, B. E. (2013). La ideología de género en el derecho Colombiano. *Dikaion*, 27(1), 13-54.
- CARRILLO, D. (2009). La jurisdicción Indígena: del Muticulturalismo de 1991 a la resistencia de un movimiento. En D. Carrillo, & N. Patarrolo, *Derecho, Interculturalidad y Resistencia Étnica* (págs. 93-106). Bogotá D. C: Universidad Nacional de Colombia, Cinep, CEUNA.
- CENTRO DE ESTUDIOS PARA LAS MUJERES Y LA EQUIDAD DE GÉNERO, LXI Legislatura Cámara De Diputados. (2011). *Conflictos armados y violencia de genero*. México: Centro de estudios para la mujer y equidad de género, LIXI Cámara de Diputados.
- CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. (2011). *Módulo de capacitación intercultural*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- CRUZ RODRIGUEZ, M. (2012). Múltiples derechos, a misma desprotección: la eficacia simbólica de los derechos de las mujeres indígenas desplazadas en Colombia. *Revista Estudios Socio-jurídicos*, 14(2), 289-325.
- DE SOUSA SANTOS, B. (2002). *Hacia Una concepción multicultural de los derechos humanos*. *El otro derecho*, 59-80.
- DE SOUSA SANTOS, B. (2014). *Derechos Humanos, democracia y desarrollo*. Bogotá: Dejusticia, ediciones Antropos.
- DE SOUSA SANTOS, B., & GARCIA VILLEGAS, M. (2001). *El caleidoscopio de las justicia en Colombia*. Bogotá D. C: Universidad de los Andes, siglo XXI editores, Universidad Nacional de Colombia.
- EQUIPO DE LA PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DEL MENOR LA FAMILIA. (2006). *Vigilancia superior a la garantía de*

los derechos desde una perspectiva de género, con énfasis en mujeres y adolescentes. Guía pedagógica y operativa para el seguimiento y la vigilancia. Bogotá, C. C: Procuraduría General de la Nación.

- ESTRADA, A. (2014). Aspectos fundamentales de la regulación constitucional de los pueblos indígenas en Colombia. En V. Bazán, & C. Nash. Bogotá: Universidad del Rosario, CENTRO DE DERECHOS HUMANOS FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CHILE, Fundación Konrad Adenauer Stiftung.
- GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA. (2011). Mujeres y Guerra: víctimas y resistentes en el Caribe colombiano. Bogotá D. C. : Taurus.
- KUNZ, A., & CARDINAUX, N. (2004). Investigar en Derecho gui para estudiantes y tesistas. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Facultad de derecho.
- LA ROTA, M., LALINDE, S., SANTA, S., & UPRIMNY, R. (2014). Mujeres. En M. La rota, S. Lalinde, S. Santa, & R. Uprimny, Ante la justicia Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia (págs. 238-273). Bogotá: Colección Dejusticia.
- LASCARRO CASTELLAR, C., & LASCARRO CASTELLAR, D. (Septiembre-diciembre de 2012). El discurso de los derechos en Colombia: Un mapa de la cuestión. Pensamiento Jurídico, 65-85.
- SÁNCHEZ, E. (2004). Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad De Ciencias Políticas Y Sociales, UNIJUS.
- SÁNCHEZ, E., & JARAMILLO, I. (2007). La jurisdicción especial indígena en Colombia. Bogotá: Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del ministerio Público.
- SIERRA, M. T. (2014). Pluralismo Jurídico e interlegalidad: Debates antropológicos para pensar el derecho indígena y las políticas de reconocimiento. Umbral(4), 33-54.
- STRAUSS, A., & CORBIN, J. (2012). Bases de la investigación cualitativa técnicas y procedimientos para desarrollar la teoría fundamentada. Medellín, Colombia: Editorial Universidad de Antioquia.
- UNESCO. (2013). Enfoques estratégico sobre las Tics en educación en América Latina y el Caribe. Santiago de Chile: Unesco.
- UNIDAD INDIGENA DEL PUEBLO AWÁ, CriticalEcosystem, Conservation internacional, Corponariño. (2008). Plan de ordenamiento

cultural y ambiental del territorio Awá- Unipa Caracterización socio-cultural y ambiental. Pasto.

- VALADEZ, D. (2011). La garantía como principio Constitucional. Boletín Mexicano de derecho comparado, 132(XLIV), 1259 - 1291.
- VALINTE, A. (2012). Acceso a la justicia de los pueblos indígenas. En C. Martínez, C. Steiner, & P. Uribe, Elementos y técnicas de pluralismo jurídico Manual para operadores de justicia (págs. 59-74). México, D. C: Prujula, Fundación Konrad Adenauer Stiftung.
- YRIGOYEN FAJARDO, R. (2000). Un balance de las post-reforma: Constitución pluralista y judicatura monista. London: Institute of Latin American Studies, University of London.
- YRIGOYEN FAJARDO, R. (2003). Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los Países Andinos. El otro derecho “variaciones sobre la justicia comunitaria”(30), 171-190.
- YRIGOYEN FAJARDO, R. (2011). El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. En C. Rodríguez Garavito, El derecho en América Latina Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI (págs. 139-160). Bogotá D. C: Siglo XXI editores.

Asamblea Constituyente

El proceso constituyente, entendido como aquella sucesión sistemática de etapas en las cuales un pueblo decide que su carta fundamental ya no tiene validez, ha dado su inicio formal el 13 de octubre de 2015. Resolviendo por fin la incertidumbre existente frente a cómo nos dotaremos de una nueva Constitución, quedan aún por resolver dos preguntas fundamentales: ¿cuál será el mecanismo por medio del cual se elaborará la nueva Constitución? Y aún más importante: ¿cuáles son los contenidos que ha de poseer la nueva Constitución?

Este libro tiene como propósito responder ambas preguntas. Producto de un trabajo colectivo que une a académicos, expertos y distintos profesionales de las ciencias sociales, se busca abordar el fenómeno de la creación constitucional con una premisa clara: la Asamblea Constituyente es el mejor mecanismo para una nueva Constitución, ya que asegura una participación democrática, participativa e institucional en la elaboración de sus futuros contenidos. El trabajo de compilación ha sido realizado por el Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz por medio de un esfuerzo que parte en 2012 y que culmina con la publicación de este libro con el apoyo de CLACSO y LOM ediciones.

Francisco Quiero es Magíster © en Estudios Internacionales y analista en Políticas y Asuntos Internacionales de la Universidad de Santiago. Se desempeña actualmente como encargado de investigación del área legislativa en ICAL, al igual que como asesor externo en el Congreso Nacional, coordinando investigaciones respecto a nueva Constitución, partidos políticos y economía política internacional.

Jaime Gajardo es abogado y Magíster en Derecho de la Universidad de Chile, Máster en Gobernanza y Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Madrid, Máster en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, y Doctorando en Derecho y Ciencia Política, Universidad Autónoma de Madrid. Es profesor visitante del Departamento de Derecho Público en la Universidad de Chile. Se desempeña actualmente como fiscal del Ministerio de Desarrollo Social.

