

Lautaro Ríos Álvarez *

Las dos Caras de Jano

Introducción

Los antiguos romanos practicaban la sabia costumbre de mirar hacia el pasado para avizorar mejor el porvenir. Esta actitud estaba simbolizada en el dios bifronte, Janus o Jano, una de cuyas caras mira hacia atrás en tanto que la otra enfrenta el futuro. Y como este rito se cumplía entre el fin de cada año y el inicio del siguiente, el dios Jano daba su nombre al primer mes del año.¹

A esta reminiscencia parece rendir tributo el tema central de las XXXI Jornadas Chilenas de Derecho Público, que congrega a los cultores de esta disciplina jurídica bajo el alero generoso de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, justamente en el año que sirve de bisagra entre el milenio que concluye y el que se aproxima, a fin de examinar “Los cambios constitucionales del siglo XX y el futuro de la Constitución en el siglo XXI”.

El cometido de estas Jornadas consiste, pues, en valorar la evolución constitucional que acusa nuestra historia durante el siglo que termina y en develar –al modo de Jano– el porvenir que espera a nuestra Constitución en el s. XXI.

I Parte: la Evolución Constitucional del Siglo XX

Los fines de siglo son ocasiones propicias para este ejercicio. Pero, ¡cuidado!; porque la historia no cambia de folio junto con el calendario y siempre los fines de siglo arrastran procesos en curso de desarrollo que sólo vienen a cristalizar hallándose avanzado el siglo siguiente.

El siglo XX, con sus dos pausas institucionales, las tres Constituciones Políticas que nos rigieron y la profunda evolución social, orgánica, económica y política experimentada por nuestro país en su transcurso, es digno de una mirada retrospectiva.

1 De allí derivan Enero en español, January en inglés, Gennaio en italiano, Janvier en francés y Januar en idioma alemán.

* *Doctor en Derecho y Profesor Titular de Teoría Política y Derecho Constitucional de la Universidad de Valparaíso.*

1. A comienzos del siglo, como una reacción a las desigualdades generadas en el mundo obrero y campesino por la revolución industrial y con el telón de fondo del Manifiesto Comunista,² de la encíclica *Rerum Novarum* acerca de la desmedrada condición de los obreros (1891), de la revolución mexicana (1917), la primera guerra mundial y la revolución rusa (1917) emerge la “**cuestión social**” que convulsiona todo el quehacer político del primer cuarto de siglo y que aparece reflejada en algunas de las aspiraciones programáticas de la Carta de 1925 y en las “leyes sociales” de 1924.³
2. Esta Constitución sirvió de marco regulador al divorcio pacífico entre la Iglesia y el Estado, del que fueron principales artífices el Presidente don Arturo Alessandri, el Cardenal Gasparri y el Arzobispo Errázuriz. Esta separación vino a resolver satisfactoriamente una potencial fuente de graves conflictos que ya habían mostrado su virulencia en el siglo precedente; puso fin al Estado confesional de la Carta de 1833 y consagró la libertad de cultos.
3. Ella también puso término al pseudo parlamentarismo que muchas veces –no obstante su aporte al desarrollo político de la sociedad chilena⁴– paralizó al país con perniciosas consecuencias, reforzando –en cambio– el régimen presidencial.
4. A la Carta Política del 25 debemos también la primera fórmula de control de la constitucionalidad de las leyes, a través del recurso de inaplicabilidad, entregado a la decisión de la Excma. Corte Suprema, por la misma época en que nace –en el entorno europeo– el primer Tribunal Constitucional.⁵
5. Por esos años la Comisión encabezada por Mr. Edwin Kemmerer⁶ nos alerta sobre la conveniencia de un control riguroso del gasto público y de la emisión de circulante así como la ordenación de nuestro sistema financiero. Nace así, con la visión señera

2 El Manifiesto fue redactado por Karl Marx con la colaboración de Federico Engels a petición del II Congreso de la Liga de los Comunistas, en 1847; pero tuvo una difusión muy posterior. Apareció en alemán en 1948; en inglés, en 1850; en ruso en 1869; en serbio, en 1871; en español y en francés, en 1872. Su divulgación y estudio están ligados al nacimiento de los partidos comunistas en Europa y América y, especialmente, a la III Internacional, en 1919.

3 El art. 10 N° 14 de la C. Pol. de 1925 decía: “La Constitución Política asegura a todos los habitantes de la República:

“14°. La protección al trabajo, a la industria, y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia. La ley regulará esta organización.

“El Estado propenderá a la conveniente división de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar.

“Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.

“Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salubridad.”

Ver también las leyes Nos. 4.053 a la 4.059 de 1924, conocidas como “leyes sociales”.

4 Ver Julio HEISSE: *Historia de Chile*, Tomo I: “El período parlamentario”, que el autor sitúa entre 1861 y 1925.

5 El primer T.C. europeo aparece en Austria en 1926 en virtud de la Constitución austríaca de 1920 que lo instituye por inspiración de Kelsen.

6 Edwin Walter Kemmerer, economista norteamericano y Profesor de Princeton, revolucionó el ordenamiento económico-financiero de varios países de Iberoamérica. Asesoró al gobierno de México (1917), de Guatemala (1919), de Colombia (1923), de Chile (1925), de Ecuador (1926), de Bolivia (1927) y Perú (1931).

del Ministro Pablo Ramírez, la Contraloría General de la República –con la importante misión de fiscalizar también la legalidad de los actos de la Administración- y en el Informe de dicha Comisión encuentra su origen el Banco Central; instituciones ambas que merecerían, a su debido tiempo, digno aposento en las Constituciones del 25 y del 80.

6. Durante el siglo XX nuestro sistema electoral experimentó una evolución prodigiosa cuyos hitos relevantes fueron la Justicia Electoral que implica el control jurisdiccional del funcionamiento del sistema, el sufragio femenino, la cédula única electoral y la constitucionalización de los partidos políticos, los que luego –a partir de 1973- experimentan un fuerte retroceso y pierden su categoría de personas jurídicas de derecho público que les había reconocido una reforma constitucional de 1971.⁷

7. En cambio, nuestro Congreso Nacional sufrió en esta centuria una notable erosión en su identidad democrática y en sus atribuciones. El principio de representación proporcional del electorado en cada Cámara, instaurado en la Constitución de 1925,⁸ fue desfigurado con la incorporación de los senadores vitalicios y designados y con la implantación del sistema binominal en la Carta del 80;⁹ y el dominio mínimo legal contenido en aquélla, que dejaba al Congreso amplia libertad para legislar, fue drásticamente constreñido con la norma de clausura en materia legislativa de esta última y con la potestad reglamentaria autónoma que hoy posee el Presidente.¹⁰

8. El Tribunal Constitucional, nacido de una reforma introducida a la Carta del 25 el año 1970, y consolidado en la Constitución vigente, representa un sólido resguardo al principio de supremacía de la Constitución en las diversas materias comprendidas en sus importantes atribuciones.¹¹ Lo cual no obsta a las necesarias reformas que existe consenso en introducirle tanto en su generación como en su composición y competencia, ampliando el espectro de ésta.

9. Mención especial cabe hacer de la institucionalización, con el más alto rango normativo, de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública –con la definición precisa de sus roles específicos- y del Consejo de Seguridad Nacional y sus funciones, en sendos capítulos de la Constitución.¹²

La creación de este Consejo en la Carta de 1980 –salvedad hecha de sus facultades exorbitantes para designar cuatro senadores y dos magistrados del Tribunal Constitucional- da a las Fuerzas Armadas y a Carabineros la oportunidad de participar reflexivamente en la vida pública del país, expresando su opinión en materias vinculadas a

7 Ver art. 9º C. Pol. 1925 después de la Ley de Reforma N° 17.398 de 9-I-1971, conocida como Estatuto de Garantías.

8 Ver el art. 25 de la C. Pol. de 1925.

9 Ver el art. 45 - C. Pol. de 1980.

10 Ver art. 44 - C. Pol. de 1925 y arts. 60 y 32- N° 8 - C. Pol. del 80.

11 Ver arts. 82 y 83 C. Pol. de 1980. Ver también "El Principio de Supremacía de la Constitución y el Tribunal Constitucional", Discurso inaugural de las XX Jornadas de Derecho Público, Edeval, Valparaíso, 1990.

12 Ver Cap. X y XI - C. Pol. 1980.

las bases de la institucionalidad o que puedan comprometer la seguridad nacional, valor –este último- que es de la esencia de su misión institucional.¹³

10. Una importante innovación en la estructura tradicional diseñada para el gobierno y la administración del país, la constituye la regionalización de su territorio –ligada a la teoría de los polos o núcleos de desarrollo- tendiente a potenciar los recursos, el progreso y la autonomía de cada región y su integración al progreso equilibrado del país.¹⁴

11. En nuestra evolución republicana merece señalarse el establecimiento –con rango constitucional- de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado por los daños que cause a los particulares y su justiciabilidad, no obstante la ausencia de tribunales contencioso-administrativos que proyecta su ominoso vacío, ya bisecular, en nuestro panorama institucional.¹⁵

12. El orden público económico, que incluye la libertad de emprender actividades económicas y el derecho a no ser discriminado arbitrariamente por el Estado en esta materia, son claras innovaciones de la Carta de 1980. También lo son el derecho a adquirir toda clase de bienes y la reconstitucionalización del derecho de propiedad y de sus garantías y recursos, desconstitucionalizado severamente a partir del año 1963.¹⁶

Como contrapeso de este claro reforzamiento del dominio, se precisa en la Carta del 80 y se señala en ella el alcance de la función social de la propiedad,¹⁷ concepto que ya había sido incorporado a la Constitución de 1925.¹⁸

13. En esta misma dirección garantista de nuestro Código Político del 80 cabe destacar la acción de protección –previamente instaurada en el Acta Constitucional N° 3 de 1976-; la mayor amplitud otorgada al recurso de amparo; la preservación del medio ambiente; y, en fin, la inviolabilidad de la esencia de todos los derechos fundamentales.

Especial referencia merece la internacionalización de estos derechos esenciales, introducida mediante la reforma constitucional de la Ley N° 18.825 de 1989 al art. 5° de la Carta del 80.¹⁹

13 Ver arts. 90 inc. 2° y 3° y art. 96 letras a) y b).

14 Ver art. 3° y Cap. XIII C. Pol. del 80; y sus fundamentos y antecedentes en los D.L. N° 573 y 575/75.

15 Ver art. 87 C. Pol. de 1925; 79 inc. 1° y 38 inc. 2° C. Pol. 80 original; y 38 inc. 2° reformado por Ley N° 18.825 de 1989.

16 El mayor deterioro –discriminatorio, además- sufrido por el dominio, se manifestó en el monto y forma de pago de la indemnización expropiatoria para la reforma agraria. El valor de la tierra se equiparó; constitucionalmente! al avalúo fiscal; y llegó a pagarse hasta con el 1% al contado y el saldo a 30 años de plazo. Ver Leyes de Reforma del art. 10 N° 10 C. Pol. 1925; Nos. 15.295 de 1963; N° 16.615 de 1967 (Ley N° 16.640 de Reforma Agraria); Ley N° 17.450 de 1971. Ver también D.L. N° 1.552 (Acta Constitucional N° 3) de 1976, art. 1° N° 16 inc. 4, Y cotejar con el art. 19 N° 24 - C. Pol. 1980.

17 Ver "El Principio Constitucional de la Función Social de la Propiedad", en R.D.J. Tomo 84 N° 2 (1987) 1ª. p., pg. 57 y ss.

18 Ver artículo 10 N° 10 inciso tercero de la C. Pol. de 1925 reformado por Ley N° 17.450 de 1971.

19 Ver art. 20 y 21; 19 Nos. 8 y N° 24; art. 19 N° 26 y 5° inc. 2 C. Pol. del 80.

14. En el primer precepto de ésta el Estado reconoce y ampara a las asociaciones intermedias mediante las cuales se organiza y estructura la sociedad, garantizándoles la debida autonomía para el cumplimiento de sus fines. La misma disposición identifica a la familia como “el núcleo fundamental de la sociedad”.

De esta manera se bosqueja la diferencia entre la sociedad y el Estado, al mismo tiempo que se establece la relación entre ambos.²⁰

15. Con todo, el mayor cambio constitucional del siglo XX no podrá encontrarse en ninguna de las reformas señaladas. No es una conquista fatigosamente obtenida como ha ocurrido con la mayoría de los derechos humanos, sino el simple y maravilloso descubrimiento de algo que estuvo siempre presente pero que antes no aprendimos a ver o que entendimos de manera equivocada.

El Estado no era un Leviatán omnipotente ni el hombre, un engranaje minúsculo de su compleja maquinaria. Por el contrario, el Estado es una organización puesta al servicio de la persona y su finalidad es el bien común que posibilita la plena realización de cada ser humano conforme a su dignidad y a su carácter irrepitable.²¹

16. La soberanía no es el poder absoluto e ilimitado que se nos había inculcado sin reservas. Su ejercicio tiene como natural limitación el respeto a los derechos esenciales de la persona y su justificación es el logro del bien de la comunidad.

Los órganos del Estado deben respetar y promover no sólo los derechos establecidos en la Carta del 80 sino también aquellos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.²²

17. La Constitución no es un pergamino ritual que sólo se invoca en las grandes ocasiones. Es la norma fundamental aplicable en forma directa y preeminente por toda autoridad en cada una de sus actuaciones. Es, además, igualmente vinculante para todos: gobernantes y gobernados, de tal manera que su inobservancia genera responsabilidades y sanciones.²³

Estas son algunas de las grandes verdades que fueron puestas en relieve y que sirven de cimiento a la Constitución que nos rige.²⁴ Nuestra tarea consiste en internalizarlas para abrir paso a los profundos cambios reales que nuestra sociedad necesita asumir si

20 Ver Discurso Inaugural de las XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público, acerca de “Las Asociaciones Intermedias, el Estado y el Bien Común”; Edeval, Valparaíso, 2000. En relación con los “grupos intermedios”, ver Arts. 6º i. 2º, 7º i. 2º, 9º i. 2º; 19 Nº 10 i. final, 19 Nº 15, 19 Nº 19, 23 i. 1º, 82 Nº 7 e inc. 13, 85 inc. 1º y 92 inc. 1º, entre otros, C. Pol. - 80.

21 Ver art. 1º C. Pol.; y “La Dignidad de la Persona”, Discurso inaugural de las XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público, Edeval, Valparaíso, 1995.

22 Ver art. 5º original C. Pol. 1980 y su complemento por Ley de Reforma Nº 18.825 de 1989, art. único Nº 1.

23 Ver art. 6º C. Pol. 80.

24 La C. Pol.-80 contiene, en su primer capítulo, las “BASES DE LA INSTITUCIONALIDAD”. Ellas se aplican a las personas, a los grupos intermedios y a cada uno de los órganos del Estado. Gozan de estabilidad reforzada en cualquier intento de reforma (art. 116 inc. 2º); son el referente obligado para la aplicación del art. 82 Nº 7; e identifican el tipo de sociedad y el perfil político del Estado chileno.

queremos recorrer en paz y con justicia el nuevo siglo en el que muy pronto ya estaremos viviendo.

II Parte: el Futuro de la Constitución en el Siglo XXI

18. Hay quienes propician una nueva Constitución Política para el siglo XXI. Sustentan este propósito en la discutible legitimidad de origen de la Carta del 80, en las numerosas reformas introducidas a ella y en el término de una transición a la democracia plena –que ya ha tardado demasiado- y que ameritaría una empresa semejante.

Sin perjuicio de estimar la razonabilidad de estas observaciones, discrepamos de semejante propósito. Pensamos que no sería sensato desperdiciar los siete años de estudios que anteceden a la Carta del 80 y que constituyen la historia fidedigna de cada uno de sus preceptos, aunque no concordemos con algunos de ellos; creemos que no se justifica dilapidar el largo período de su puesta en práctica, particularmente, después de las numerosas, e importantes reformas plebiscitada el año 1989 y contenidas en la Ley de Reforma Constitucional N° 18.825; tampoco se puede desconocer el indiscutible mérito de las “Bases de la Institucionalidad” y de otros avances que sería largo enumerar, la solidez de la filosofía política y de los valores que la inspiran, los valiosos desarrollos doctrinales y legislativos que se han hecho de sus instituciones y preceptos, la jurisprudencia que ha ido decantando el sentido de sus disposiciones y el grado de conocimiento y adhesión que ha llegado a suscitar en la ciudadanía gran parte de su contenido.

Tampoco concordamos con aquellos que quisieran mantener incólume una Constitución que –no obstante sus apreciables aciertos- necesita ser reformada, ya sea para subsanar vacíos evidentes de que adolece, sea para reflejar mejor nuestra cultura democrática, sea para adecuar nuestra institucionalidad a la internacionalización del derecho, a los proyectos de integración regional y a la inevitable globalización que nos invade.

Para estas reformas –que estimamos indispensables- invocaremos la visión premonitoria del dios Jano mirando hacia el futuro.

19. La pregunta es: ¿qué reformas necesita nuestra Constitución?

La respuesta no parece difícil: aquéllas indispensables para que podamos transitar sin tropiezos previsibles por el mundo globalizado del siglo XXI en que ya estamos inmersos; aquéllas que aseguren la dignidad de los chilenos en la realidad de la vida cotidiana y no sólo en la letra de la Constitución; aquéllas que resuelvan notorias carencias y desajustes competenciales de que adolece el reparto previsto por la Carta entre sus órganos; aquéllas, en fin, que subsanen las evidentes discordancias entre los principios que animan la Constitución y algunas de sus normas que los contradicen.

20. Tratados internacionales.

Vivimos ya en un mundo globalizado. Cada día se acrecientan nuestras relaciones internacionales y adquieren mayor vigor las normas de los tratados y convenios que se encuentran vigentes o crece la expectativa de nuevas vinculaciones con otros países y organizaciones cuyas reglas entrarán a regir en nuestro derecho interno.²⁵

Sin embargo, las Declaraciones, Convenios y Tratados internacionales carecen de regulación constitucional.

Salvo la magra alusión del art. 50 N° 1, la versión original de nuestra Carta del 80 permaneció en la misma posición de aislamiento en que quedó la regulación de esta materia en la Constitución de 1925.²⁶ Y la adición complementaria introducida al inciso 2° del art. 5° por la ley de reforma N° 18.825 –que sólo se refiere a los tratados internacionales sobre derechos humanos- ha introducido más dudas que certezas en esta materia.²⁷

En cambio –sin necesidad de verificar el notable desarrollo de la regulación de los tratados en las Constituciones europeas- podemos constatar significativos progresos internacionalistas e integracionistas en las Cartas hispanoamericanas. Nos referiremos a ellas en el párrafo siguiente.

Hemos dicho en otro estudio que Chile padece de un síndrome de **insularidad constitucional**.

Ese aislamiento se manifiesta en que ninguna norma de nuestro código político integra los principios del derecho internacional a nuestro ordenamiento jurídico; ningún precepto trasluce alguna orientación integracionista del Estado chileno. No existe disposición que regule la jerarquía normativa de los tratados internacionales en relación con el resto de las fuentes del derecho.²⁸

No existe, en nuestra Carta Fundamental, ninguna fórmula que permita la aprobación de un tratado que afecte sus disposiciones.²⁹ Tampoco está regulado en ella el quórum de aprobación de los tratados y convenios internacionales en armonía con los quórum reforzados que la Constitución exige en determinadas materias. Por último,

25 La participación en el Foro Asia-Pacífico (APEC), los esfuerzos por ingresar al NAFTA, el ALCA, el MERCOSUR, evidencian el intento del gobierno de incorporar a Chile a la globalización, tendencia que no se refleja en la Constitución.

26 Ver L. Ríos y Manuel Núñez: “Chile, una Constitución insular”, en Actas XXIX Jornadas de Derecho Público: Revista Chilena de Derecho de la Pontificia U. Católica de Chile, Número Especial 1998, pg. 229 y ss.

27 Ver número monográfico sobre “Constitución y Tratados Internacionales”, en Revista “IUS et PRAXIS”, de la Fac. de Derecho de la Universidad de Talca, año 2 N° 2 (1997).

28 Ver nuestro estudio “Jerarquía normativa de los Tratados Internacionales de DD.HH.”, con derecho comparado europeo e iberoamericano, en R.D.J. tomo XCI (1994) N° 1, 1a. p. pg. 43 y ss. Ver arts. 55 C.Pol. de Francia, art. 28.I. C. Pol. de Grecia; arts. 137 y 141 C.Pol. de Paraguay; art. 144 de la de El Salvador; art. 93 C. Pol. Colombia; y art. 75 N° 22 C. Pol. de Argentina.

29 Ver –a modo de ejemplo- el art. 95 de la C. Pol. española y el 57 inc. 2° de la del Perú.

nuestra Carta carece de una norma que obligue al Presidente a ratificar los tratados aprobados por el Congreso, ni a promulgarlos y publicarlos para efectos internos.

Todas estas carencias no serían problemáticas si Chile estuviera condenado a una perpetua insularidad. Pero tanto los Estados europeos como los iberoamericanos avanzan en el sentido de la internacionalización de sus relaciones. Y si Chile no quiere quedar rezagado y al margen de la historia, se impone como tarea urgente y necesaria subsanar estos vacíos de nuestra Constitución.

21. La vocación integracionista.³⁰

A diferencia de los Estados europeos que entendieron, después de la Segunda Guerra Mundial, que sólo su futura unificación podía asegurarles la paz, el progreso común y la gravitación internacional, nuestras repúblicas hispanoamericanas –pese a sus ventajas comparativas en origen, idioma, religión, cultura e historia compartidos– permanecen divididas y enfrentadas a menudo por rencillas de aldea que les impiden lograr el peso y la estatura resultantes de su unidad.

De allí que mientras quince países del hemisferio norte hicieron realidad el sueño de la Unión Europea –con gobierno propio, con un Parlamento europeo, con un derecho comunitario directamente vinculante, con tribunales supranacionales y hasta con una moneda común–, los Estados iberoamericanos vivimos empantanados entre nuestras desconfianzas recíprocas y el prurito de terminar siempre sometidos a la voluntad del gran vecino del Norte merced a la mecánica de los convenios bilaterales.

No obstante esta ceguera compartida, algunos líderes visionarios han ido abriendo, en las Constituciones de sus países, el promisorio camino a la integración. Es el caso de Argentina (Art. 75 N° 24); de Brasil (Art. 4, párrafo único); de Perú (Art. 44 inc. 2°); de Colombia (Arts. 150 N° 16, 226 y 227); de Ecuador (Art. 161 Nos. 3 y 4); de Uruguay (Art. 6° inc. 2°); de Costa Rica (Art. 121 N° 4) y de Paraguay (Art. 145).

Sólo a título ilustrativo haremos una sinopsis del sistema de la Constitución de la República Argentina, que nos parece el más completo en lo que respecta a la **jerarquía normativa de los tratados internacionales** y a la **delegación de competencias a órganos supraestatales**.

Dicho sistema puede resumirse en cinco situaciones y sus variables, a saber:

A. En general, los tratados internacionales tienen “jerarquía superior a las leyes” (Art. 75 N° 22 inc. 1°, parte final).

B. Ciertas Declaraciones, Convenciones y Pactos Internacionales ya consagrados y vigentes sobre DD.HH., **que se especifican**, ‘tienen jerarquía constitucional’, no se oponen a la Constitución y la complementan (Art. 75 N° 22 inc. 2°).

³⁰ Ver nuestro trabajo “Globalización, Integración y Derecho Constitucional” en Libro Homenaje al Prof. Pablo Lucas Verdú, Facultad de Derecho - Universidad Complutense de Madrid (en prensa).

C. Los demás tratados y convenciones sobre DD.HH. pueden quedar en una de estas dos situaciones:

a) si son aprobados por el Congreso y, además, por las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, adquieren “jerarquía constitucional” (art. 75 N° 22 inc. 3°). Conviene advertir que este quórum especial es el mismo que la Constitución exige al Congreso para declarar la reforma de la Constitución (art. 30).

b) si no alcanzan este quórum de dos tercios de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sólo adquieren “jerarquía superior a las leyes” (art. 75 N° 22 inc. 1°).

D. “**Tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los DD.HH.**”

Hay que distinguir:

a) Si estos tratados se celebran con Estados de Latinoamérica, el quórum de aprobación es la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara;

b) Si se celebran con otros Estados, se requieren dos trámites y un lapso no inferior a 120 días, entre el acto declarativo y la aprobación del tratado (art. 75 N° 24).

E. Por último, las normas emanadas de estas organizaciones supraestatales que Argentina pase a integrar, también tienen “**jerarquía superior a las leyes**”.

Resulta penoso constatar la indigencia que padece nuestra Constitución en estas materias.

Creemos que Chile debiera recuperar la vocación internacional que nos condujo a una posición de liderazgo en épocas pasadas. Para ello debe poner término a su aislacionismo y sumar fuerzas a una integración que quizás se perciba lejana pero que debiera estar en la mente y en el corazón de todo iberoamericano.

22. Inscripción y sufragio obligatorios.

En una república democrática el sufragio no es sólo un **derecho** del ciudadano (art. 13 inc. 2°). Es también una función que se debe cumplir. Por lo tanto, es una **obligación** y así lo establece el art. 15.

Y si sufragar es una obligación, naturalmente también lo es el requisito previo para hacerlo: la inscripción en el Registro Electoral.

Sin embargo, hay quienes –escudados en la falta de sanción de que adolece la obligación de inscribirse– sostienen que este trámite es facultativo y que el **deber de sufragar** sólo recae en el ciudadano que ha optado por inscribirse.³¹

31 Ver: “Derecho a Sufragio” en El Mercurio, Stgo., 23-X-2000, pg. A-2.

Esta falacia –que ignora la función decisiva del sufragio en la base misma de la democracia- puede alentar una peligrosa actitud abstencionista e irresponsable de la ciudadanía.

Hay países –como Argentina- en que se evita el engorroso trámite de la inscripción, haciendo de ésta un proceso administrativo automático que opera al cumplirse la mayoría de edad, tal como ocurre entre nosotros con el servicio militar.

Una forma sencilla y directa de terminar con esta ambigüedad, tan perniciosa para el funcionamiento de la democracia, consistiría en modificar el art. 15 inc. 1º, oración final, haciéndolo decir “Para los ciudadanos tanto la inscripción en el Registro Electoral como el sufragio serán obligatorios”.

23. Derechos constitucionales.³²

En nuestra dogmática constitucional el Cap. III de la Carta del 80, con el precedente del Acta Constitucional N° 3, distingue entre los derechos públicos subjetivos, sus correspondientes garantías y las acciones procesales sumarias de las que están dotados sólo algunos de ellos.

Se privilegia con estas acciones a algunos de los llamados derechos civiles de primera generación, también conocidos como derechos de autonomía; aquéllos para cuyo ejercicio basta la actitud permisiva del Estado y no requieren de especial implementación.

Se excluye, en cambio, de estas acciones protectoras, a los derechos de segunda generación, consistentes en los derechos políticos o de participación, y a los de tercera generación que comprende los derechos económicos, sociales y culturales, también conocidos como derechos de promoción ya que exigen la intervención activa o prestacional del Estado, el cual debe disponer de los recursos necesarios para que ellos adquieran vigencia.

Es usual explicar la ausencia de acciones sumarias para recabar el cumplimiento de estos derechos, arguyendo que el Estado no estaría en condiciones de dar satisfacción a estos derechos –educación, trabajo, vivienda, salud, entre otros- y que su deber de promoverlos consiste en irlos proporcionando a medida que dispone de los recursos suficientes para otorgar las prestaciones respectivas.

No nos parece aceptable esta salida excusatoria que al Estado le ofrece la doctrina, al menos en lo que respecta a dos derechos que estimamos indispensables para la realización humana y para el respeto a su dignidad. Nos referimos al derecho a la educación y al derecho al trabajo.

Estamos persuadidos de que ambos derechos, en una sociedad humanista y solidaria

32 En esta materia existe lo que se ha dado en llamar “una deuda histórica” relativa al reconocimiento de las peculiaridades propias de los pueblos originarios y a su derecho de preservar su lengua, su cultura y sus tradiciones.

-como acostumbramos calificar a la nuestra-, debieran estar dotados del recurso de protección o de otro instrumento eficaz para asegurar su legítimo ejercicio.

23.1. El derecho a la educación.

Si la finalidad esencial del Estado es “promover el bien común” a objeto de permitir “a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual posible” (art. 1º - C. Pol.); y si “la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida” (art. 19 N° 10), parece evidente que la educación es el principal instrumento de realización personal y que es un deber inexcusable del Estado proporcionarla a quien la reclame.

Con esto bastaría para dotar al derecho a la educación de una herramienta eficaz para ejercitarlo.

Pero existen otros dos fundamentos constitucionales.

Por una parte, la educación pública fue siempre en Chile “una atención preferente” del Gobierno y del Estado.³³ Y la Constitución vigente prescribe que: “**La educación básica es obligatoria, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ella de toda la población**”. Ello, sin perjuicio del deber del Estado de “fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles” (Art. 19 N° 10).

-¿Qué sentido tiene proclamar obligaciones perentorias del Estado respecto de la educación y asegurar el acceso a ella de manera tan categórica si al mismo tiempo no se dota a las personas de un medio eficaz para reclamar su cumplimiento?

Por último, la misma disposición citada señala que “**Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación**”. Este deber se puede cumplir de varias maneras. La que más concierne al caso es la contribución de la comunidad nacional al financiamiento de la educación.

Como corolario ineludible de los principios y normas constitucionales analizadas y de la gravitación del valor EDUCACIÓN, tanto en el desarrollo personal como en el progreso de Chile, se impone la necesidad de dotar al derecho a la educación de una acción constitucional para asegurar en la práctica lo que la Carta Fundamental dice que asegura.

23.2. El derecho al trabajo.

Si la educación es la vía apropiada para la **realización personal** –nombre moderno de la felicidad-, el derecho al trabajo es la condición indispensable para que una sociedad civilizada asegure a todos **la dignidad**.

³³ Ver arts. 153 y 154 originales de la C. Pol. de 1833 y art. 10 N° 7 de la C. Pol. de 1925. La mayoría de los gobernantes, autoridades superiores y parlamentarios que ha tenido y tiene Chile provienen de la educación pública.

Día a día miles de nuestros compatriotas buscan trabajo infructuosamente.³⁴ Entre ellos hay muchos jóvenes que acaban de aprender un oficio o recibir un título profesional; entre ellos hay muchos jefes de hogar que a su frustración personal añaden la angustia de no poder alimentar a sus familias.³⁵

Los adultos que carecen de bienes rentables, es decir, la inmensa mayoría de los chilenos, necesitan trabajar para vivir; y necesitan de la justa remuneración de su trabajo para poder vivir dignamente.³⁶

Más importante que la libertad para el hombre libre, es la posibilidad de trabajo para el hombre sin medios para producir por sí mismo, que constituye la mayoría de nuestra sociedad.

El hombre, privado de libertad, puede al menos subsistir. El cesante obligado, se halla sometido a una condición inferior al animal. Imposibilitado de buscar y apropiarse de su alimento –como lo haría un animal, sin sufrir castigo–, sus facultades mentales y corporales de que fuera dotado para procurarse el sustento, pasan a quedar esterilizadas por el aparato legal.

Su condición nos trae a la memoria las expresiones que von Ihering coloca en los labios del personaje Miguel Kohlhaas, en “La lucha por el Derecho”. Cuando la autoridad del Príncipe, haciendo causa común con la injusticia, le cierran todo camino legal, exclama: “El que me niega la protección de las leyes, me destierra entre los salvajes del desierto y pone en mis manos la maza con que debo defenderme”.

La cesantía obligada e impotente de quien no encuentra trabajo en nuestra sociedad contemporánea, conduce inevitablemente a la frustración y a la delincuencia.

No resulta congruente con la dignidad que la Constitución asegura a toda persona ni con la finalidad del Estado de promover el bien común ni con la realización espiritual

34 La cifra oficial de desocupación –alrededor del 10% de la población activa– es engañosa. A ella hay que agregar un alto porcentaje de ocupaciones precarias o improductivas (cuidar autos, embolsar y portar mercaderías en los supermercados, pedir limosna en forma abierta o encubierta) o actividades ilegítimas (comercio ambulante, microtráfico de estupefacientes, comercio sexual en vías públicas) muchas veces derivadas de la desocupación; todo lo cual eleva considerablemente el porcentaje de desocupados.

35 Hoy no es necesario recorrer las poblaciones marginales para advertir la situación de *miseria* en que vive no menos de un tercio de nuestros compatriotas. Los noticieros de T.V. muestran poblaciones levantadas con materiales de desecho, sin desagües, llenas de moscas, en que los niños juegan entre el barro y la mugre y donde, a veces, un trozo de pan y una taza de té es el alimento diario. Este cuadro real y cotidiano no es propio de un país civilizado ni es digno de una sociedad solidaria.

36 Resulta reveladora la importancia otorgada al trabajo en los Estados socialistas. La Constitución de la URSS., de 1977, prescribía en su art. 14: “El trabajo de los soviéticos, libre de la explotación del trabajador, es fuente de la riqueza social, del bienestar del pueblo y de cada soviético. El Estado ejerce el control de la medida de trabajo y de consumo según el principio socialista: ‘De cada cual, según su capacidad; a cada cual, según su trabajo’”. El art. 48 de la C. Pol. de 1978 de la Rep. Popular China dice: “Los ciudadanos tienen derecho al trabajo. Para garantizar el goce de este derecho, el Estado, de acuerdo con el principio de proceder con una visión de conjunto, toma las providencias para la ubicación de los trabajadores y, a base del desarrollo de la producción, eleva gradualmente las remuneraciones por el trabajo, mejora las condiciones de trabajo, refuerza la protección laboral y amplía los servicios de bienestar colectivo”.

y material del ser humano ni con el deber del Estado de dar protección a la población y a la familia –todo ello garantizado en el art. 1º de nuestra Carta Fundamental–, negar, a quien lo necesite, su derecho primordial a subsistir mediante el trabajo.

El derecho al trabajo –que alcanzó consagración en la Carta del 25 y estuvo contemplado en el Acta Constitucional N° 3³⁷– debiera, por lo tanto, restablecerse en la Constitución; y, además, ser dotado de una acción eficaz para hacerlo efectivo.

24. Protección del derecho a vivir en un ambiente limpio.

Cuando la Carta del 80 otorga la acción de protección al derecho elemental a vivir en un ambiente libre de contaminación, lo hace como a regañadientes, imponiéndole tres restricciones, a saber: a) la acción sólo procede contra actos agraviantes y **no contra omisiones**; b) tales actos deben ser, copulativamente, arbitrarios e ilegales; y c) el acto debe ser imputable a una autoridad o persona determinada.

En un mundo en que existe consenso internacional en la necesidad de preservar la pureza del ambiente, en rebajar su alto grado de contaminación y en promover un desarrollo sustentable, no creemos que se justifique ninguna de las cortapisas que rodean la procedencia de la acción de protección.

No es razonable que dicha acción no proceda contra las **omisiones** que originan la contaminación, en circunstancias que éstas son la causa principal de la suciedad que envenena las corrientes de agua, el suelo y hasta el aire que respiramos. Nadie contamina por actos deliberadamente perversos; todos o casi todos lo hacen por no cumplir las reglas establecidas o por no tomar las precauciones que aconseja el riesgo que ocasiona la actividad peligrosa.

Más irrazonable es aún, la exigencia de que el acto que prive, perturbe o amenace el derecho a vivir en un ambiente limpio debe ser –a un mismo tiempo– arbitrario e ilegal. Ambas modalidades son ilícitas; y no se divisa la razón por la cual los actos u omisiones deban ser doble y simultáneamente ilícitos si una sola de estas condiciones basta para deslegitimar la conducta atentatoria de este derecho de tanta trascendencia no sólo para la persona sino también para el destino de la humanidad.

Por último, estamos de acuerdo en que siempre es importante saber qué autoridad o persona es responsable del atentado en contra de cualquier derecho. Pero recordemos que la acción de que se trata no se dirige a sancionar al culpable sino a “restablecer el imperio del derecho y **asegurar la debida protección del afectado**”. Y así como tratándose del derecho a la vida –por ejemplo– no se exige al agraviado identificar al responsable para darle protección, nos parece que tratándose de un derecho que puede afec-

37 El derecho al trabajo y a su justa retribución se incorporó al art. 10 N° 14 – C.Pol. 1925 por la ley de reforma N° 17.398 de 1971. El art. 1º del A.C. N° 3 (D.L. N° 1.552 de 1976) reprodujo estos derechos asegurando a todas las personas: “N° 20.- La libertad de trabajo y su protección. **Toda persona tiene derecho al trabajo**”. Y, más adelante: “Toda persona tiene, asimismo, derecho ... a una justa retribución que asegure a ella y a su familia, a lo menos, un bienestar acorde con la dignidad humana”.

tar la salud o la vida de un colectivo de personas o de una población, lo importante, ante una situación contaminante, es brindar prontamente la seguridad reclamada y no impedir el ejercicio de la acción por la dificultad o la imposibilidad de los agraviados de determinar –en el breve plazo del recurso- la autoridad o la persona responsable.

En resumen, postulamos la derogación del inciso segundo del art. 20, incorporando al texto de su inciso primero el N° 8 del art. 19 de la Constitución.³⁸

25. El derecho a la privacidad y la acción de hábeas data.³⁹

La revolución informática ha venido poniendo en grave riesgo, cuando no ha irrumpido abruptamente en la privacidad de los antecedentes personales. Los bancos de datos y sus intercambios han puesto a disposición de un público cada vez más extenso y más ávido de información, hechos y circunstancias que la gente hubiera preferido mantener en la intimidad.

No es la primera vez que ello ocurre. Hace más de un siglo –en 1890- el crecimiento explosivo de la prensa en los EE.UU. de Norteamérica hacía decir a dos connotados juristas, que llegaron a presidir la Suprema Corte Federal: “Fotografías instantáneas y empresas periodísticas han invadido los recintos sagrados de la vida privada y doméstica y numerosos ingenios mecánicos amenazan con hacer cierta la predicción según la cual ‘lo que se susurra en el gabinete será proclamado desde los tejados’ ”⁴⁰.

La fuerza expansiva de las técnicas de computación, almacenamiento y reproducción de datos es tan avasalladora que Frossini ha revelado la aparición de un nuevo poder de dominación sobre el individuo: el poder informático.⁴¹

Para resguardar de esta voráGINE informática la privacidad de las personas, se ha venido extendiendo, desde USA, pasando por Europa hasta el sur de América, una red legislativa reguladora del manejo de la información.

En los Estados Unidos se dictaron, en la segunda mitad del siglo XX, la “Freedom of Information Act” de 1966, la “Fair Credit Reporting Act” de 1970 y la “Privacy Act” de 1974. En Europa –según Fernández Segado- son pioneras la ley del Land de Hesse de 1970, reguladora de las bases de datos de su Administración, que creó el cargo del “Datenschutzbeauftragter” o Comisario para la protección de la información; y la ley

38 Ver art. 43 inc. 2º C. Pol. de Argentina que da acción de amparo “a los derechos que protegen el ambiente”, sin imponer restricciones.

39 Ver el interesante y documentado estudio monográfico acerca del “Derecho a la autodeterminación informativa y la acción de Hábeas Data en Iberoamérica”, con las ponencias del II Seminario Iberoamericano del Hábeas Data, en *Ius et Praxis*, año 3, N° 1 (1997), Fac. de Derecho Univ. de Talca.

40 Samuel WARREN y Louis BRANDEIS: “The right to privacy”, *Harvard Law Review*, N° 4, 1890-1891, cit. por Francisco Fernández Segado, op. cit. en 39, pg. 34.

41 Vittorio FROSSINI: “Informática y Derecho”, Ed. Temis, Bogotá.

sueca de 1973 sobre protección de datos.⁴² Señera es también la Ley Federal de Alemania de 1977, sobre la misma materia, en virtud de la cual el Tribunal Constitucional Federal acuñó la figura jurídica del “Informationelle Selbstbestimmungsrecht” o “Derecho a la Autodeterminación Informativa”, expresión que ha hecho fortuna en la doctrina europea e iberoamericana, como lo demuestra la bibliografía sobre esta materia y el título de la convocatoria al II Seminario Iberoamericano de Hábeas Data (Nota 39).

Este derecho se constitucionaliza a partir de la Carta de Portugal de 1976, cuyo art. 35 establece seis medidas protectoras de los datos personales. La sigue la Constitución española de 1978, cuyo art. 18.4 –en relación con el art. 105-b)- encomienda a la ley la limitación del uso de la informática.⁴³

Sin olvidar la importante “Data Protection Act” dictada en Inglaterra en 1984 –que se inicia con los ocho principios que la inspiran-, también debe mencionarse el Convenio Europeo aprobado en Estrasburgo el 28 de enero de 1981.

En el mundo iberoamericano han constitucionalizado el derecho a la autodeterminación informativa la Constitución de la República Argentina reformada en 1994, en su art. 43 inc. 3º donde está protegido por la acción de amparo; la Carta de Brasil de 1988 que lo establece en su art. 5º, numeral LXXII y lo protege con la acción de habeas data; el Código Político de Colombia de 1991 que lo recoge en su art. 15 y lo ampara en el art. 86 con la acción de tutela; la Ley Fundamental de Guatemala reformada en 1994, que lo consagra en su art. 31; la Constitución de Paraguay de 1992, que establece el Habeas Data en su art. 135; la del Perú, de 1993, que estatuye la acción de Habeas Data entre las “Garantías Constitucionales”, en su art. 200.3. en relación con el art. 202.2. Por último, resulta interesante el caso de Venezuela, cuya Constitución no contempla este derecho de manera expresa. No obstante, utilizando la modalidad de “*numerus apertus*” de los derechos inherentes a la naturaleza humana del art. 50 de la Carta, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la existencia de este derecho, aun en el grado de hábeas data preventivo, es decir, aceptando la exclusión de áreas de información personal sensible que no pueden ser registradas ni requeridas por entes públicos ni privados.⁴⁴

En resumen –como apunta Fernández Segado- “... frente a la informática se tutela la **intimidad** o, si así se prefiere, la **autodeterminación informativa**, descansando la técnica que a este fin se utiliza –la protección de datos- tanto en la prohibición de recoger en forma individualizada los datos que se consideran individualísimos (también llamados “datos sensibles”), como en el sometimiento de la recogida, elaboración, almacenamiento y transmisión de los restantes, a rígidas limitaciones encaminadas a asegu-

42 Ver FERNANDEZ SEGADO, Francisco, ob. cit. en 39, pgs. 35 y ss.

43 La ley española sobre la materia es la Ley Orgánica Nº 5/1992 de 29 de octubre.

44 Ver Carlos ARAYA CORAO “La Legitimación del derecho a la autodeterminación informativa en Venezuela”, ob. Cit. en 39, pgs. 151 y ss.

rar su veracidad y proporcionalidad, así como el control de los interesados sobre la información que les afecta, lo que se consigue no sólo garantizando su acceso a los datos que les atañen, sino también su derecho a rectificarlos o cancelarlos”.⁴⁵

26. Atribuciones especiales del P. de la R.

Entre las numerosas atribuciones de que hoy dispone el P. de la R., hay dos que –en mi modesto entender- debieran ser eliminadas por su manifiesta contradicción con nuestro sistema constitucional.

Nos referimos a la designación de dos senadores, conforme al art. 32 N° 6 en relación con el art. 45, letras e) y f); y a la facultad de otorgar indultos particulares, concedida por el art. 32 N° 16; disposiciones –todas ellas- que debieran suprimirse.

En lo que concierne a los senadores designados trataremos esta materia al referirnos a la composición del Senado.

Por lo que toca a la facultad de indultar, ella es una reminiscencia del derecho de gracia de los condenados en los tiempos de las monarquías absolutas en que el rey concentraba la totalidad del poder y sólo **delegaba** en los jueces la facultad de hacer justicia, de manera que seguía siendo el titular de este poder.⁴⁶

La separación de las funciones del Estado en órganos distintos e independientes hacen del indulto una rémora contradictoria con ese principio fundamental, atentatoria contra la independencia del poder judicial y la eficacia de sus decisiones y –en definitiva- altamente inconveniente.

El indulto es contradictorio con el principio de separación de los poderes toda vez que el ejecutivo no es titular de funciones judiciales ni –mucho menos- del poder de dejar sin efecto las resoluciones de los tribunales. Por lo demás, el art. 73 le prohíbe “en caso alguno, ejercer funciones judiciales, ... o hacer revivir procesos fenecidos”. Cuando el P. de la R. indulta no sólo ejerce una atribución judicial, así calificada por la doctrina,⁴⁷ sino que reabre un proceso concluido, para cometer el peor atentado que puede perpetrarse contra una sentencia firme: dejarla sin efecto. De esta manera, el indulto –además- viola principios y normas fundamentales del proceso como son la inalterabilidad de la sentencia ejecutoriada, los efectos de la cosa juzgada y la “somma preclusione” –en el decir de Chiovenda- al reabrir un proceso válidamente clausurado.

Por último, el indulto es doblemente inconveniente. Por una parte, expone al Presi-

45 Ver Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: “El Régimen Jurídico del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal en España”, en op. cit. en 39, pg. 39.

46 Ver la reseña histórica de esta institución en Alejandro SILVA BASCUÑÁN, “Tratado de Derecho Constitucional”, t. III, Ed. Jurídica, 1963, pgs. 281-286.

47 Carlos Andrade Geywitz califica el indulto como “atribución judicial directa”: Ver “Elementos de Derecho Constitucional chileno”, Ed. Jurídica de Chile, 1963, pg 516 y ss; también Carlos Estévez Gazmuri: “Elementos ...”, Ed. Jurídica, 1949, pg. 299.

dente a las presiones de todo orden que se ejercen sobre él para que lo conceda, inclusive a la presión de su propia conciencia, como ha ocurrido con algunos Presidentes contrarios a la pena de muerte. Y también se presta para abusos o equivocaciones en su concesión, que sería largo enumerar.⁴⁸

Por todo ello, creemos que esta atribución presidencial debiera eliminarse de la Constitución.

27. Composición del H. Senado.

Parece haberse ido abriendo camino en la conciencia de nuestra clase política que la actual composición del Senado es espuria.

En efecto, si “Chile es una república democrática”, el Congreso Nacional que es el depositario por excelencia de la soberanía, debe tener generación exclusivamente democrática.

Conforme al art. 45 el país se divide en 19 circunscripciones electorales, cada una de las cuales **elige** dos senadores. Pero a estos 38 senadores **elegidos** se agregan dos que designa el P. de la R., con lo cual este funcionario –cabeza de otro poder distinto e independiente- equivale a una circunscripción electoral completa. Y a ellos se añaden cuatro senadores que designa el Consejo de Seguridad Nacional del cual también forma parte el P. de la R., quien lo preside, atribuyéndose a dicho Consejo la facultad de designar igual número de senadores que los que elige la Región Metropolitana que reúne el 40% de la población del país. Y luego a la Corte Suprema se la hace equivalente a una circunscripción y media más, facultándose para designar otros tres senadores. A estas alturas, ya el cuadro de un Senado democrático resulta impresentable. Pero, para coronar este adefesio –¡que se encuentra vigente!- los ex Presidentes también pasan a integrar el Senado “por derecho propio y con carácter vitalicio”...

Con toda razón, un Senador de la estatura de Dn. Francisco Bulnes Sanfuentes estimó **muy negativas** ... “ las nuevas reglas sobre generación del Senado, que son muy discutibles desde el punto de vista de la democracia, que atentan contra las normas consagradas de separación de los poderes del Estado, que hacen probable que los senadores, en fuerte proporción, no sean personas adecuadas para desempeñar su cargo, y que, en suma, comprometen el prestigio que ha tenido y la autoridad moral que ha ejercido el Senado de Chile”.⁴⁹

El Senado, para ser fiel a su historia y a su carácter representativo del electorado, debe recuperar su identidad democrática poniéndose fin a una composición que lo desnaturaliza, mediante la derogación del art. 32 N° 6 y de los incisos tercero al sexto del

48 El Presidente don Carlos Ibáñez en los años 1954-1956 dictó 899 decretos de indulto que favorecieron a 5.017 personas. En 1971 el Presidente Allende indultó a unos extremistas que luego asesinaron a Dn. Edmundo Pérez Zujovic. En fecha reciente se ha indultado a delincuentes que han vuelto a cometer graves delitos.

49 Francisco BULNES SANFUENTES: “El Senado en las Constituciones de 1925 y 1980”, Discurso de Incorporación a la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Ed. Universitaria, Stgo, 1986, pg. 27.

art. 45; terminándose así con la extraña mixtura de senadores elegidos, vitalicios y designados.

28. Cambio del sistema electoral binominal.

Se sabe que este sistema está ideado para aglutinar las fuerzas políticas en dos bloques y permitir, en esas circunstancias, que una minoría de hasta un tercio más uno elija igual representación que una mayoría de hasta dos tercios menos uno. Como alguien ha dicho gráficamente, con este sistema 34 es igual a 66.

Los partidarios del sistema binominal arguyen que, gracias a él, las fuerzas políticas tienden a agruparse en dos grandes corrientes, evitándose de esta manera la fragmentación de los partidos políticos que, alguna vez, llegaron a sumar 37 denominaciones.

No es este resumen el lugar adecuado para el análisis a fondo de un debate en que más que razones jurídico-políticas se esconden cálculos electorales e intereses creados.

No obstante, nos parece oportuno señalar que la clave de la composición democrática que prestigió a nivel planetario a nuestro sistema político y al Congreso Nacional⁵⁰ estaba escrita en el art. 25 de la Carta de 1925: “En las elecciones de Diputados y Senadores se empleará un procedimiento que dé por resultado en la práctica **una efectiva proporcionalidad en la representación** de las opiniones y de los partidos políticos”.⁵¹

Las matemáticas trucadas no son una base digna de la representatividad republicana. Más sensato y decente sería restablecer el espíritu de la disposición transcrita, que apunta al meollo del sistema electoral democrático. La disgregación de los partidos ciertamente es un problema digno de atención y susceptible de varias soluciones alternativas. Pero no se puede sacrificar el principio de la proporcionalidad de la representación en aras de la cohesión de los partidos.

29. Reactivación del Congreso Nacional.

El Congreso fue una de las instituciones políticas más afectadas por la Constitución de 1980, tanto en su composición como en su generación y en sus atribuciones esenciales.

En este trabajo sólo vamos a referirnos a dos aspectos: el dominio legal y el receso parlamentario.

El mismo senador Bulnes señalaba que “También contribuirá a la decadencia del

50 Sergio Gutiérrez Olivios decía: “Acorde a la tabla elaborada por el eminente profesor Robert A. Dahl, Chile se clasificaba en los años 1950 delante de los EE.UU. en desarrollo político. El índice de democratización determinado por los autores Flavegan y Fogleman para el período 1900-1950 sitúa a Chile en el 5º lugar, a continuación de Canadá, Inglaterra, EE.UU. y Suecia, pero antecedendo a naciones europeas como Francia, Italia y Alemania”. (Op. cit. en 49, pg. 35).

51 El célebre profesor de Heidelberg, cientista político Dieter NOHLEN, al ser consultado sobre los problemas del sistema binominal, contestó: “Uno, que entrega todo el poder a las cúpulas de los partidos; y dos, que lleva al inmovilismo de los liderazgos”. El Mercurio, Stgo., 10-VI-01, D-18.

Senado y del Congreso en general, la limitación que se hace en la nueva Constitución de las materias que pueden ser objeto de ley".⁵²

Razón tenía el eminente político. El dominio mínimo legal contenido en el art. 44 de la Carta del 25 pasó a convertirse en el dominio máximo legal del art. 60 de la Constitución vigente.

Ahora bien, si la función esencial del Congreso consiste en hacer las leyes y la del Presidente es gobernar y administrar el país conforme a ellas, no se entiende cómo puede limitarse el campo de materias que puede regular el órgano legislador por excelencia, en beneficio del órgano principalmente encargado de ejecutarlas, el cual pasa a ser el gran regulador, por decreto, del resto de las innumerables materias susceptibles de normación.

En el juego del art. 32 N° 8 con el art. 60 me parece que se ha distorsionado el sistema legislativo mediante una atrofia asfixiante de la potestad del Congreso y una hipertrofia desmesurada de las atribuciones normativas del Presidente.

Si la finalidad del Estado es promover el bien común y el Congreso Nacional es el órgano del Estado encargado preferentemente de la elaboración de las leyes necesarias para ese objeto, consideramos ineludible incluir –en el N° 20 del art. 60 o en numeral aparte– todas aquellas materias directamente relacionadas con el bien común.⁵³

30. Término del receso parlamentario.

Como se sabe, la legislatura ordinaria dura un breve lapso que se extiende desde el 21 de mayo hasta el 18 de septiembre –menos de cuatro meses– de cada año.

El extenso resto del período anual corresponde al llamado “receso parlamentario”, que en la práctica significa poner a disposición del Presidente de la República la facultad de convocar al Congreso a legislatura extraordinaria, en la que éste debe ocuparse preferentemente de la agenda legislativa que aquél disponga (art. 52).

De esta manera, la iniciativa legal de los congresales y la disponibilidad del tiempo para ocuparse de las materias que interesan a los legisladores quedan reducidas a su mínima expresión, dando lugar a lo que don Francisco Bulnes calificó de “verdadera dictadura legal” del Presidente, en desmedro del Congreso.⁵⁴

No vemos la razón que justifique proseguir con esta anomalía. A nuestro juicio debería eliminarse el “receso parlamentario” pues, sin necesidad de adueñarse de la legislatura extraordinaria y de asfixiar la iniciativa del Congreso, el Presidente cuenta con otros numerosos mecanismos para impulsar y para urgir el despacho de la legislación

52 Op. cit. en 49, pg. 27.

53 La Constitución de 1823 prescribía en su art. 47: “Corresponde al Congreso: 1º Dictar todas las leyes convenientes al bien del Estado”. Con parecida generalidad regulaba la potestad legislativa el art. 46 N° 2 de la C. Pol. de 1828.

54 Op. cit. en 49 pg. 27.

que le interesa.

31. Poder Judicial, Contenido de la jurisdicción y principio de juridicidad.

Es sabido que uno de los principios radicales del Estado de Derecho, positivado en las “Bases de la Institucionalidad”, es el principio de juridicidad, insuficientemente conceptualizado como principio de legalidad, y consagrado en los arts. 6º y 7º.

Este principio se concreta en la forma de actuación de los órganos fundamentales que establece la Constitución. Así, el Presidente ejerce su autoridad “de acuerdo a la Constitución y las leyes” (art. 24); y el Congreso elabora la ley “en conformidad a esta Constitución ...” (art. 42).

Curiosamente, cuando el art. 73 define el contenido de la jurisdicción, omite señalar el principio de juridicidad que vincula a los tribunales al ejercer su ministerio.

Es probable que tal omisión histórica –en que también incurrieron las Cartas de 1925 (art. 80) y de 1833 (art. 108)- se deba a que se trata de una idea implícita de nuestro concepto de jurisdicción.

Pero creemos que tan importante materia requiere rigurosidad normativa, la misma utilizada al definir la autoridad del Presidente y del Congreso.

De allí que nos parezca más completa y precisa una redacción que prescribiera: “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas conforme a la Constitución y las leyes y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”.⁵⁵

32. Tribunal Constitucional. Generación, composición y competencia.

El Tribunal Constitucional (T.C.) nace en Chile en 1970 y se desarrolla en la historia de la gestación de la Carta del 80 con una excesiva vinculación a la Excma. Corte Suprema, de la cual depende, indebidamente, una cuota importante de su composición y con la cual también comparte su atribución esencial, esto es, el control de la constitucionalidad de la ley.

Nos referiremos escuetamente a tres asuntos necesitados de reforma, a saber, la generación del T.C., su composición y su competencia.

32.1. *Generación del T.C.*

Como sabemos, intervienen en la generación del T.C. la Corte Suprema, designando a tres de sus siete miembros; el Consejo de Seguridad Nacional, designando a dos; el P. de la R., designando a uno de ellos; y el Senado, eligiendo al restante.

En consecuencia, concurren cuatro órganos de los cuales tres son o pertenecen a Po-

⁵⁵ Resulta curioso advertir que el principio de juridicidad que vincula a los Tribunales sólo aparece enunciado en el art. 170 N° 5 del C. de P.C., pero incompleto, ya que no incluye a la Constitución.

deres del Estado, se excluye a uno que también lo es –la Cámara de Diputados- y queda concernido en sus decisiones; y se incluye a un órgano –el Consejo de Seguridad Nacional- que no es Poder del Estado y que, por su composición mixta, incluye a autoridades que ya concurrieron a generarlo.

Nos parece que en la generación del T.C. debieran concurrir sólo los tres órganos clásicos del Poder del Estado, es decir, el Gobierno, el Congreso Nacional con sus dos Cámaras y el Poder Judicial representado por su órgano máximo, la Corte Suprema.

Su autoridad para originar al supremo guardián e intérprete de la Constitución no sólo está dada por reunir estos órganos la suma del poder estatal, sino también porque de una u otra manera todos ellos quedarán vinculados o concernidos por las resoluciones que adopte el Tribunal Constitucional.

Este mismo interés nos conduce a un punto que no hemos visto debatido:

-¿Basta que cada miembro del T.C. cuente sólo con la confianza del órgano que lo designa? Creemos que no. Lo deseable sería que cada miembro del T.C. contara con la confianza de los tres poderes señalados. Como este desideratum podría hacer sumamente engorroso –y hasta paralizante- cada nombramiento, se nos ocurre una fórmula que permitiría, al menos, que cada ministro del T.C. contara con la aprobación de dos de los tres poderes. Esa fórmula consiste en que los ministros que designe el P. de la R. deban contar con la aprobación del Senado; los que designe, tanto éste como la Cámara de Diputados, deban ser confirmados por la Corte Suprema; y los que designe ésta, deban serlo por el P. de la R.

De esta manera, cada órgano concurrente pondría mucho mayor cuidado en la selección de sus designados; éstos contarían con un respaldo más sólido que el que actualmente poseen; se dificultaría considerablemente la politización del T.C., lo que constituye un peligro latente capaz de destruirlo; y se evitarían las suspicacias de las partes interesadas en la composición del Tribunal cuando éste funcione dividido en salas.

32.2. Composición del T.C.

Actualmente el T.C. está compuesto por siete miembros, de los cuales tres son ministros en ejercicio de la Corte Suprema y cuatro son abogados calificados por su experiencia y su prestigio en la actividad profesional, académica o pública.

Nada se dice acerca de la reconocida versación en el conocimiento e interpretación de la Carta Fundamental de la que debieran estar dotados sus componentes. De allí que el perfil que de sus ministros dibuja el art. 81, resulte difuso e insuficiente. De allí también que algunos nombramientos hayan recaído en cultores de disciplinas ajenas a la problemática constitucional.

Mención especial merece la participación en el T.C. de miembros en ejercicio de la Corte Suprema. No se puede servir con eficiencia dos cargos tan delicados que requie-

ren –cada uno de ellos- dedicación exclusiva.

Por otra parte, maestros del derecho constitucional y expertos en esta materia específica -de la talla de Mauro Capelletti en Italia o Louis Favoreau en Francia- han puesto en relieve la diferencia de contextos y de problemas en que se desenvuelven los jueces ordinarios y el juez constitucional; diferencias que hacen inconveniente poner a aquéllos a desempeñar las tareas de éste. Aquéllos están habituados a someterse a la ley y ésta es su baluarte. El juez constitucional, por el contrario, debe juzgar a la ley y está siempre en situación de absolverla o condenarla; alternativa –esta última- inconcebible para el juez ordinario. La interpretación de la Constitución es el instrumento clave del juez constitucional. Sin embargo, los principios y métodos de ésta difieren sustancialmente del instrumental que acostumbra utilizar el juez ordinario al interpretar la ley.⁵⁶

Esto, naturalmente, no quiere decir que no haya en el Poder Judicial jueces excepcionales que puedan tener la preparación necesaria para asumir como jueces constitucionales. Pero el cargo de juez ordinario no garantiza esa capacidad ni libera a quien ingrese al T.C. de la dedicación exclusiva a esta delicada función.

En resumen, creemos que el T.C. debiera estar compuesto por nueve miembros, lo que posibilitaría su funcionamiento en salas, sin perjuicio de aquellas materias que siempre debiera resolver en pleno. Postulamos exigir a los jueces constitucionales requisitos de idoneidad que aseguren el certero cumplimiento de sus tareas. Y nos parece imprescindible la intervención de la Corte Suprema en la generación del T.C., pero no en su composición; de manera que si el designado pertenece a la justicia ordinaria, debe renunciar a su cargo en ésta.

32.3. Competencia del T.C.

Creemos que hay, al menos, tres materias fundamentales que debieran incrementar la competencia actual del T.C. Ellas son: el recurso de inaplicabilidad, indebidamente subsistente entre las atribuciones de la Corte Suprema (art. 80); el conocimiento de las contiendas de competencia –materia propia de todo tribunal constitucional- inadecuadamente radicadas en el Senado (art. 49 N° 3) y en la Corte Suprema (art. 79 inc. 3°); y el conocimiento y resolución de toda contienda de competencia que se suscite entre órganos del Estado de cualquiera clase o categoría, que no tengan un superior jerárquico común ni dispongan de otro órgano encargado legalmente de resolver el conflicto.⁵⁷

56 Capelletti, Mauro “Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional” en “Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984. Favoreu, Louis: “Informe General Introductorio” de la misma obra.

57 Ver nuestro trabajo “La Justicia Constitucional en Chile, con referencias al Derecho Comparado”, en Primer Seminario Latinoamericano de Justicia Constitucional, “La Revista de Derecho” Universidad Central, 14. P. Año II, Enero-Junio-1988, pg. 55 y ss. Ver también nuestro “Estado de Derecho y Control Jurisdiccional de los Actos de Poder en la Constitución chilena”, en “El Poder Judicial en la Sociedad Democrática”, varios autores, Instituto de Estudios Judiciales, Stgo., 1990.

33. Composición del Tribunal Calificador de Elecciones (TRICEL).

El TRICEL, a causa de la Ley de Reforma N° 19.643 (D.O. de 4-XI-99), sufrió una transformación –a nuestro juicio- regresiva.

El retroceso consiste en que se aumentó de tres a cuatro el número de ministros de la Corte Suprema **en ejercicio**, que lo integran, eliminando la posibilidad de designar a ex-ministros de ese tribunal.

Ya hemos señalado que es inconveniente distraer con el desempeño de otros cargos la dedicación exclusiva con que deben servir su importante función los ministros de la Corte Suprema. Si de experiencia en tribunales se trata, bien podrían ocupar estos cargos ex-ministros de los tribunales superiores que se hayan acogido a jubilación.

También es importante en esta función la experiencia política. De allí que nuestra indicación consistiría en que, de los cinco miembros que componen el Tribunal, tres fueran ex ministros de los tribunales superiores de justicia elegidos por la Corte Suprema; uno fuera un ex Presidente del Senado y el restante fuese un ex Presidente de la Cámara de Diputados, ambos con un lapso no inferior a un año en el ejercicio del cargo y elegidos por sorteo.

34. Consejo de Seguridad Nacional.

Hay quienes propugnan la desaparición de este organismo por constituir uno de los “enclaves autoritarios” dejados por el régimen militar y por considerar que representa un riesgo de politización de los cuerpos uniformados, atendidas algunas de sus atribuciones.

Nosotros creemos que, ciertamente, el Consejo está dotado de facultades exorbitantes, que desbordan su función esencialmente preventiva y consultiva, y que debieran eliminarse.

Pero también estimamos que esta novedosa creación de la Carta del 80 enfrenta y resuelve una realidad que no se puede ignorar. Los cuerpos armados reflexionan y opinan; y lo hacen especialmente en situaciones que comprometen el orden público, la seguridad nacional y la normalidad institucional del país. Y, tratándose de organizaciones jerárquicas y obedientes a las cuales está prohibido deliberar, resulta altamente conveniente que sus legítimas inquietudes institucionales puedan ser expresadas y debatidas en la cúpula cívico-militar-policial que este Consejo reúne y no queden condenadas a la asfixia o a la explosión dentro de los círculos herméticos en que ellas se generan.

De allí que concluyamos que el Consejo de Seguridad Nacional es una creación positiva que debe mantenerse y que sus reformas debieran ser:

A. Supresión de su potestad de designar a cuatro integrantes del Senado, al derogarse los incisos 3° al 6° del art. 45.

B. Supresión de su facultad contemplada en el art. 81, letra c), consistente en elegir a

dos miembros del Tribunal Constitucional.

C. También propiciaría aumentar la composición del Consejo con un noveno titular con derecho a voz y voto, integrando al Presidente de la Cámara de Diputados, órgano que merece tener presencia en el Consejo y que resolvería el virtual empate que podría producirse en sus votaciones debido a la actual paridad del número de sus miembros.

35. Sin duda quedan por analizar algunos interesantes temas susceptibles de reforma constitucional.⁵⁸ Sin embargo, la tiranía del espacio nos fuerza a poner fin a este rápido vistazo dirigido –al estilo de Jano- al pasado y al futuro de nuestra Constitución.

No obstante los notorios avances logrados por la sociedad chilena durante el siglo que termina, el balance arroja una pesada deuda.

Constituye –sin duda- un estigma doloroso que en el s. XX no hayamos conseguido erradicar la esclavitud en todas sus formas: trabajo forzoso, comercio sexual y explotación de mujeres y de niños, tráfico de estupefacientes y de órganos humanos, entre otros. Hierde la conciencia humanitaria la situación de miseria degradante en que –a fines de un siglo marcado por tantos descubrimientos asombrosos- se encuentra sumergida más de una tercera parte de la humanidad. Mortifica el sentimiento solidario la brecha abisal que, en lugar de cerrarse, se ha ido profundizando cada año entre los ricos Estados industrializados y poseedores de avanzada tecnología y los países pobres que dependen básicamente de sus materias primas.

Sin embargo, la dignidad humana se ha abierto camino entre las ruinas materiales y morales de dos grandes guerras y de multitud de conflictos localizados.

En el siglo próximo a iniciarse debiéramos lograr –al menos en Chile- poner término a la miseria, a la falta de trabajo y a las carencias en educación, salud y cultura que impiden, a una considerable proporción de nuestros compatriotas, vivir con dignidad.

Sabemos que la reforma de nuestra Constitución carece de la fuerza necesaria para producir estos cambios. Pero sí tiene la virtualidad de abrir el cauce jurídico que algún día los hará posibles.

58 Por ejemplo, la incorporación a la Constitución del órgano conocido como Defensor del Pueblo o Defensor del Ciudadano, que es materia del Mensaje N° 007-343 enviado al Senado el 27-IX-2000; tema que fue tratado en un Seminario Internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Talca el 4 al 6 de abril-2001. Ver "Ius et Praxis", número especial (en prensa).