Artículo: Historia y Derecho Constitucional: Las reformas constitucionales desde los derechos fundamentales
Revista: Nº212v1, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Jorge Contesse Singh

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 212
Volumen I
Año LXX
Julio-Diciembre 2002
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION[MR]

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

Artículo: Historia y Derecho Constitucional: Las reformas constitucionales desde los derechos fundamentales
Revista: Nº212v1, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Jorge Contesse Singh

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Revista de Derecho 212: 115-127, 2002 ISSN 0303-9986

LAS REFORMAS A LA CONSTITUCION DESDE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

JORGE CONTESSE SINGH
Universidad Diego Portales

El siguiente trabajo tiene por objeto revisar el proyecto de reformas constitucionales desde una mirada diversa a la que hasta ahora ha predominado el debate político y académico del tema.

El paquete de reformas cuya discusión está pendiente en el Senado, en efecto, tiene un marcado carácter "organicista", en el que las divergencias apuntan (y han apuntado) a la forma como ha de reordenarse el poder político. Frente a esta perspectiva, intento examinar, desde los derechos fundamentales, qué innovaciones relevantes se presentan en esta dilatada modificación constitucional y cuáles siguen –siempre bajo esta óptica– aún ausentes.

Para ello, dedico la primera parte a revisar, muy brevemente, las implicaciones que la tradicional tensión entre "derechos" y "democracia" tiene para nuestro propósito (I). En seguida (II), reviso cómo el proyecto de reforma aprobado por la Comisión de Constitución del Senado incorpora avances (reales y aparentes) para la promoción de los derechos humanos para, posteriormente (III), indagar acerca de modelos teóricos de democracia que imponen, a modo de conclusión (IV), el deber de proponer algunas ideas en torno a la necesidad de profundizar el régimen democrático chileno, precisamente, a partir del derecho humano de participación política.

I. DOS MIRADAS PARA LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

Las reformas a la Carta Fundamental que se discuten hace ya varios años –demasiados, probablemente–, y que suelen recibir el apodo de "reformas de la

Artículo: Historia y Derecho Constitucional: Las reformas constitucionales desde los derechos fundamentales
Revista: Nº212v1, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Jorge Contesse Singh

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

transición" –en una clara muestra de lo que algunos llaman "fetichismo legal"–, han estado impregnadas, desde que se iniciara su discusión, de un tinte de (re)organización del poder.

En efecto, el debate parlamentario del que hemos sido espectadores durante estos años ha mostrado que la visión bajo la cual se negocian las reformas constitucionales es una que pone el acento en la forma como se distribuye el poder entre quienes (ya) lo detentan. Así, las grandes cuestiones objeto del debate constituyente pueden identificarse, sin problemas, con la composición del Senado; la forma de elección de los diputados y senadores; la composición y atribuciones del Tribunal Constitucional; el tiempo que debe durar el mandato presidencial; las facultades fiscalizadoras de la Cámara de Diputados, entre otras. No hay, como puede observarse de esta breve lista, referencia a aspectos que no sean aquellos en que se reordena el poder del Estado. Que la manera como elegiremos ahora a los parlamentarios; que la Corte Suprema le traspasará al Tribunal Constitucional la facultad –pobremente ejercida– de declarar inaplicables preceptos en pugna con la Constitución; que las Fuerzas Armadas no serán ya garantes del orden institucional; que el Presidente de la República permanezca cuatro y no seis años; que se reponga la facultad a éste de remover a los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas, y así sucesivamente.

Es natural, con todo, que los intentos por modificar el Texto Fundamental se sitúen en esa óptica, ya que la Carta del 80, si de algo carece, es de legitimidad democrática[1]. Sin embargo, a esta mirada de redistribución del poder, pienso, es posible agregar (y, aun, reemplazar por) una que se ubique en una perspectiva diferente, a saber, aquella que coloca el énfasis en el respeto y promoción de los derechos fundamentales[2]. Dicho de otra manera, no interesa en este trabajo continuar ahondando en la mirada "organicista" que gobierna la discusión

[1] Ello, a pesar de las cincuenta y cuatro reformas que se hicieran en 1989. Esto es, no porque a un año de reinstalar la democracia se negociaran enmiendas a la Constitución entre la Concertación y la Derecha –lo que algunos erigen como el hito de una "Constitución pactada"–, ello hace que la falta de legitimidad de origen que exhibe la Carta de 1980 se reduzca. Como escribió Bello, hace ya un siglo y medio, una verdadera Constitución es aquella que emana "del fondo social (...), conforme a los sentimientos, a las creencias y a los intereses de los pueblos" (Bello, Andrés, "Constituciones", en Squella, Agustín (comp.), Escritos jurídicos, políticos y universitarios, Edeval, Valparaíso, 1979, p. 50). Pues bien, claramente la Constitución cuyas reformas analizamos en este trabajo no ha salido –como debe ser– del corazón de la sociedad chilena.

[2] Deseo advertir que, en lo sucesivo, utilizo indistintamente las palabras "derechos fundamentales", "derechos humanos", "derechos constitucionales", "derechos subjetivos públicos" o "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", para referirme a una misma categoría de facultades jurídicas que los Estados reconocen a los individuos como intrínsecas a su condición de seres humanos, y que son dignas de promoción y tutela por parte de éste, según suele prescribirse en los textos constitucionales.

Artículo: Historia y Derecho Constitucional: Las reformas constitucionales desde los derechos fundamentales
Revista: Nº212v1, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Jorge Contesse Singh

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

constitucional –sin negar, por cierto, su relevancia–, sino explorar, primeramente, qué lugar ocupan los temas relativos a derechos humanos en las reformas que se debaten y, en seguida, cómo podría aún perfeccionarse esta mirada propuesta.

Tradicionalmente se ha hablado de la tensión que existe entre las ideas de democracia y constitucionalismo. Como es sabido, dicha oposición se produciría desde que la primera –la democracia– consiste, esencialmente, en una forma de adoptar decisiones conforme a la regla de la mayoría, mientras que el constitucionalismo –también como idea– pretende, justamente, sustraer ciertas cuestiones de la decisión mayoritaria. El constitucionalismo, así, se traduciría en un conjunto de facultades que hacen que "lo negociable", esto es, lo que puede quedar entregado a la regla mayoritaria, se constriña a lo que los derechos fundamentales permiten que sea discutido democráticamente[3]. En palabras de Ferrajoli, la democracia constitucional es un sistema "en el cual la regla de la mayoría y la del mercado valen solamente para aquello que podemos llamar esfera de lo discrecional, circunscripta y condicionada por la esfera de lo que está limitado, constituida justamente por los derechos fundamentales de todos"[4].

En este contexto, Holmes ensaya una forma de complementar las dos ideas anunciadas como contrarias, "por medio de un análisis del modo en que los 'frenos' en general pueden producir o aumentar la 'libertad' (...) y arrojando más lejos las redes históricas"[5]. Mi intento es, sin duda, mucho más elemental: la práctica constitucional chilena no parece (lamentablemente) demandar un análisis como el que realiza el profesor de la Universidad de Chicago, sino, simplemente, examinar cómo y por qué una mirada a las reformas constitucionales desde la óptica de los derechos humanos promueve y potencia el régimen democrático que Chile pretende ser (normativa y políticamente), sorteando, por esta vía –y

[3] Véase, entre otros, Holmes, Stephen, "El precompromiso y la paradoja de la democracia", en Elster, Jon y Slagstad, Rune (comps.), Constitucionalismo y democracia, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1999, pp. 217-262, Gargarella, Roberto, "Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia", SELA 2001: Los derechos fundamentales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 3-18, Ferrajoli, Luigi, "La democracia constitucional", en Courtis, Christian (comp.), Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del Derecho, Eudeba, Buenos Aires, 2001, pp. 255-271, y Nino, Carlos, Fundamentos de Derecho Constitucional, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 4. Este último autor, con todo, sostiene que una forma de constitucionalismo (que él llama "pleno") en el que, además de "la existencia de normas que organizan el poder y que están en cierto modo atrincheradas frente al proceso legislativo normal (...), [y en que] se satisfagan ciertas exigencias acerca del procedimiento y contenido de las leyes que regulan la vida pública", sería una combinación de las dos tradiciones situadas, en principio, como contrapuestas: la tradición democrática (identificada con las ideas de Rousseau) y la tradición liberal (cuyo ideario estaría tomado del pensamiento de Locke).

[4] Ferrajoli, op. cit., p. 257.

[5] Holmes, op. cit., p. 220.

Artículo: Historia y Derecho Constitucional: Las reformas constitucionales desde los derechos fundamentales
Revista: Nº212v1, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Jorge Contesse Singh

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

aun cuando no sea éste el objetivo del trabajo–, la "tensión irreconciliable" entre democracia y constitucionalismo.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS REFORMAS A LA CONSTITUCION

En esta parte intento analizar cómo recogen las modificaciones aprobadas por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado cuestiones referentes a derechos subjetivos públicos. Interesa, en este punto, examinar qué grado de importancia ocupan los derechos en una discusión constituyente animada, como se ha visto, por un tono organicista y redistributivo del poder político.

Ya en el número 1 del artículo único del proyecto de reformas encontramos una primera señal a este respecto: se propone, en el nuevo inciso 4º del artículo 1º de la Carta, un reconocimiento a la "diversidad de origen de los chilenos que forman parte de la Nación" y se garantiza a las poblaciones indígenas originarias "su derecho a fortalecer los rasgos esenciales de su identidad". Aquí se encuentra una primera aproximación –relegada a un segundo plano por las "reformas duras"– a una vigorización (muy parcial) del derecho fundamental que se reconoce a todos los pueblos –más que a las poblaciones, como señala el proyecto– a su libre autodeterminación[6].

Se trata de una norma que se acerca, aunque mantiene una significativa distancia, a los estándares que fijan los artículos 1 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (y la interpretación que de ellos han hecho los organismos competentes). Se plasma, allí donde era inexistente, una referencia a la diversidad cultural (o étnica) del Estado chileno, a pesar de que se deja un amarre para el avance definitivo en esta materia al prescribirse que la Nación chilena es indivisible y que la diversidad de origen sólo es materia de preocupación para el constituyente, toda vez que los chilenos forman parte de esa Nación indivisible. Se trata de un precepto que podría dificultar la ya obstaculizada aprobación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales por parte del Estado chileno,

[6] Posteriormente, el Ejecutivo hizo una indicación a esta norma, reemplazando la voz "poblaciones" por la de "pueblos". La norma propuesta era la siguiente: "El Estado reconoce a los pueblos indígenas que forman parte de la Nación chilena y habitan su territorio. La ley promoverá su participación y la de quienes los integren en la vida nacional y les garantizará el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, idioma, instituciones y tradiciones en lo espiritual, cultural y social".

Artículo: Historia y Derecho Constitucional: Las reformas constitucionales desde los derechos fundamentales
Revista: Nº212v1, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Jorge Contesse Singh

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

circunstancia que representaría un importante avance en el verdadero reconocimiento de la diversidad étnica en nuestro país[7]. A pesar de todo esto, a fines de abril de 2003, el Senado rechazó, por falta de quórum, el reconocimiento constitucional para los pueblos indígenas, culpándose mutuamente cada coalición política y agravando aún más el problema que desde hace más de una década se hace sentir sin que las autoridades den respuesta a ello[8].

En seguida, el proyecto de reformas constitucionales introduce un artículo 8º que se sitúa a años luz de lo que el tristemente célebre precepto disponía durante la dictadura militar. Se establece, con rango constitucional (como es obvio), el principio de probidad en el ejercicio de las funciones públicas (inciso 1º) y, junto con ello, se incorpora el principio de publicidad y transparencia para todos los órganos del Estado (inc. 2º). Cabe destacar esta norma propuesta en cuanto, si bien no se establece de manera expresa un derecho subjetivo público, sí se sientan las bases para un eventual desarrollo legislativo posterior.

Como se sabe, a fines de 1999 se explicitó, a nivel legal, el derecho (fundamental) de acceder a la información que obre en poder del Estado, específicamente aquella que esté en manos de la Administración del Estado[9]. Pues bien, la norma propuesta como artículo 8º de la Constitución Política tiene, indudablemente, una importante incidencia en la regulación y vigencia de este derecho humano[10].

Esta importancia radica en, al menos, dos cuestiones que cabe enunciar: en primer término, se amplía el alcance del derecho de acceso a la información actualmente vigente en nuestro ordenamiento jurídico, desde que la norma se

[7] Véase Lillo, Rodrigo, "Derechos humanos y pueblos indígenas en Chile: una mirada a la situación del pueblo mapuche", en González, Felipe (ed.), Litigio y políticas públicas en derechos humanos, Cuaderno de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales, Nº 14, Universidad Diego Portales, Santiago, 2002, pp. 235-268 y Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2003. Hechos de 2002, UDP, Santiago, 2003, p. 309.

[8] En palabras del senador Espina (quien representa a la región con el mayor número de indígenas en Chile): "esa expresión [pueblo] en la Constitución se utiliza para representar a todo el pueblo de Chile, por lo que no admite la posibilidad de divisiones de la misma, y más (sic) aún cuando nos encontramos con la presencia de violentistas que están actuando en la Araucanía, y que llaman a tomarse territorios por la fuerza y que adicionalmente están autoproclamando su autodeterminación, la elección de las autoridades en forma distinta y separada de las autoridades chilenas". Véase http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/detalle_noticia.asp?id_noticia=83421 (El Mostrador.cl, 30 de abril de 2003).

[9] Se trata de la Ley Nº 19.653, conocida como "ley de probidad administrativa", la que reformó una serie de leyes, destacando, a los efectos que analizamos, la incorporación, en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (Nº 18.575), del derecho de acceso a la información pública (art. 13 actual).

[10] Analizo el sentido y regulación que se hace de este derecho en Contesse, Jorge, "El derecho de acceso a la información y el sistema jurídico chileno", en González, F. (ed.), op. cit., pp. 201-234.

Artículo: Historia y Derecho Constitucional: Las reformas constitucionales desde los derechos fundamentales
Revista: Nº212v1, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Jorge Contesse Singh

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sitúa en el Capítulo I de la Carta y no distingue entre los órganos imperados por los principios enunciados (probidad, publicidad y transparencia)[11 y 12].

En seguida, al establecer la norma en examen que "la ley" podrá establecer casos de reserva o secreto de algunas actuaciones siempre que se afecte "el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional", se fortalece el principio de reserva legal para la regulación de derechos humanos lastimado por la reglamentación que el Ejecutivo ha realizado de este derecho[13].

Abandonando el capítulo referente a las "Bases de la Institucionalidad", el proyecto contiene una propuesta de enmienda al artículo 10 Nº 3, sobre nacionalidad, que mejora la regulación que de este derecho fundamental hacía la Carta, permitiendo que hijos de padre o madre chilenos nacidos en territorio extranjero, puedan obtener esta nacionalidad, sin que deban avecindarse en el país por un año –como lo exige el actual precepto constitucional. Se trata de una norma que, de aprobarse, reforzaría el mandato contenido en disposiciones de tratados internacionales, como es, por ejemplo, el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[14].

[11] Alguien podría interpelar mi aseveración en cuanto no hay, expresamente, un derecho fundamental consagrado en el precepto en análisis, por lo que no podría sostenerse lo que he señalado. Sin embargo, sin una reflexión demasiado prolija, es posible erigir demandas de acceso a la información en poder de todo órgano estatal, desde que se dispone que "[s]on públicas las resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que se utilicen". Junto con este principio de publicidad consagrado explícitamente, bastaría, a mi juicio, con el derecho constitucional de petición (art. 19 Nº 14) para levantar una demanda de acceder a información de interés público.

[12] La importancia a que aludo de la incorporación de esta norma en reemplazo del derogado artículo 8º puede verse, por ejemplo, en el caso de restricción a los periodistas por parte de la Cámara de Diputados. Como se recuerda, en julio de 2002, la Comisión de Régimen Interno de la Cámara adoptó un acuerdo –cuyo acta fue enviado a los medios de comunicación social– por el que se restringía el acceso de los periodistas a las dependencias del Congreso, aduciendo razones de organización interna. Ante la afectación de diversos derechos constitucionales –en especial, la libertad de información–, el Foro Chileno por la Libertad de Expresión presentó un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, el cual, a mayo de 2003, se encuentra aún pendiente (desde que la Cámara se rehúsa a exhibir el acta en el que supuestamente se consignaría el acuerdo de dejar sin efecto la medida impugnada). Si el proyecto de artículo 8º hubiese estado vigente, el actuar inconstitucional de la Cámara sería aún más evidente en este caso.

[13] Contesse, op. cit., p. 220. El Reglamento dictado por el Presidente (DS 26/2001) ha ampliado, inconstitucionalmente, los casos de reserva y secreto a los actos administrativos, a pesar de que el mandato legal sólo lo autorizaba para regular tales situaciones de excepción para los documentos y antecedentes (y no respecto de los actos). Aun cuando el proyecto contempla la posibilidad de reserva o secreto para las resoluciones de los órganos estatales, la Ley de Bases es más restrictiva y sólo lo entiende, respecto de la Administración del Estado, para los documentos y antecedentes que sirven de sustento a los actos que ella dicte.

[14] Esta norma dispone: "1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad; 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra; 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla".

Artículo: Historia y Derecho Constitucional: Las reformas constitucionales desde los derechos fundamentales
Revista: Nº212v1, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Jorge Contesse Singh

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Posteriormente, en el Capítulo III sobre "Derechos y Deberes Constitucionales", el proyecto de reforma constitucional plantea dos innovaciones: de una parte, la derogación del inciso 2º del artículo 19 Nº 4, esto es, se elimina del texto de la Carta Política la referencia al delito de difamación, dejándose –como parece correcto– a la regulación legal su establecimiento y desarrollo[15]. Y, por otro lado, la posibilidad de impetrar la protección en favor del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se afecta, toda vez que se reemplaza la expresión "acto arbitrario e ilegal" del artículo 20, por "acto u omisión ilegal". A primera vista, pareciera que se fortalece la tutela de este derecho fundamental –ya que no se requiere la concurrencia copulativa de la arbitrariedad y de la ilegalidad (que, como es sabido, es única en el sistema chileno)–, sin embargo, al dejarse la sola posibilidad de reclamar ante actos (u omisiones) ilegales, se estrecha el margen de reclamo, ya que bastará con que la actuación de un órgano se sujete a lo prescrito por una norma legal para que no pueda reprochársele su actuar, aun cuando éste pueda ser atentatorio contra el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Finalmente, parece necesario destacar dentro de las reformas que se discuten, toda la nueva reglamentación que se hace de los estados de excepción constitucional. A pesar de que la vigencia de dichos regímenes es más bien propia de una época pretérita, la permanencia de algunas reglas que imponen graves limitaciones al ejercicio de los derechos constitucionales hasta ahora no había ocupado la atención del constituyente democrático[16].

Sucintamente, el proyecto de reforma introduce una sutil mejora a la situación de los derechos fundamentales durante la vigencia de estados de excepción constitucional al contemplar, como causal única y genérica, el que se afecte "gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado" (proyecto de art. 39, inc. 2º; en el actual artículo 39, como se sabe, no se estipula ninguna causal). Sin embargo, frente a los estándares internacionales que en la materia obligan a Chile, dicha causal aún parece excesiva, ya que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone, como causal legítima para decretar un estado de excepción, el que se ponga "en peligro la vida de la nación" (art. 4), mientras que la Convención Americana es todavía más exigente: la medida (de restricción o suspensión de derechos por causa de un estado de excepción)

[15] La Ley Nº 19.733 –conocida como "Ley de Prensa"– regula, en sus artículos 29 y siguientes, cuestiones relativas a las infracciones que se cometan a través de medios de comunicación social.
[16] Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Los estados de excepción en Chile, Colección Estudios, Nº 4, Santiago, s/f.

Artículo: Historia y Derecho Constitucional: Las reformas constitucionales desde los derechos fundamentales
Revista: Nº212v1, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Jorge Contesse Singh

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

solamente podrá ser adoptada "en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado" (art. 27.1). Así las cosas, parece claro que la nueva norma chilena tiene una redacción demasiado laxa frente a los preceptos internacionales: afectar, aunque sea gravemente, el normal desenvolvimiento de las instituciones estatales no parece satisfacer los estándares internacionales[17]. No sería difícil, aunque me llevaría lejos del objeto del trabajo, imaginar situaciones que, en nuestra práctica constitucional, pudieran caer bajo esta expresión.

Una segunda mejora que es posible registrar en esta parte se refiere a la eliminación, dentro de los derechos susceptibles de ser suspendidos o restringidos, de la libertad de información y opinión, tanto en el estado de asamblea, como en el de sitio y catástrofe. Por elemental que sea ello, no debe no advertirse cómo la libertad de expresión comienza, tardía y lentamente, a erigirse en lo que la Corte Interamericana, hace ya varios años, proclamara como la "piedra angular de todo sistema democrático". Se comprende, al parecer, que la libertad de expresión es uno de los derechos esenciales más importantes para la vigencia de la democracia, lo que, dicho sea de paso, allega argumentos en favor de la relación de complementariedad entre democracia y constitucionalismo con que iniciáramos nuestra exposición, algunas páginas más atrás.

Por último, siempre en relación con esta materia, el proyecto de reforma constitucional fortalece la posición de garantes de los tribunales de justicia durante la vigencia de estos regímenes de excepción. En efecto, el proyectado artículo 41 D, si bien reitera la prohibición que sobre los tribunales pesa para calificar los fundamentos y circunstancias de hecho invocadas por la autoridad para decretar los estados de excepción, deja a salvo la posibilidad de que revisen acaso efectivamente se cumple o no con la causal que se incorpora para ello (la afectación grave del normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado). Y, junto con ello, se adecua la preceptiva constitucional a los estándares que, en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, ha elaborado la Corte Interamericana, al prescribirse que "respecto de las medidas particulares que afecten derechos constitucionales, siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales a través de los recursos que corresponda".

[17] Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, "El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)", Opinión Consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987. Serie A, Nº 8, y "Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)", Opinión Consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987. Serie A, Nº 9.

Artículo: Historia y Derecho Constitucional: Las reformas constitucionales desde los derechos fundamentales
Revista: Nº212v1, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Jorge Contesse Singh

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

III. LAS REFORMAS TODAVIA AUSENTES

Hasta aquí he pasado revista, de manera más que resumida, a las principales innovaciones que el proyecto de reformas constitucionales hace en materia de derechos humanos. Hemos visto que se introducen diversos cambios que, en general, tienden a potenciar el goce de estos derechos, dando cumplimiento, así, no tanto a las expectativas o intereses políticos que legítimamente puede tenerse sobre ello, sino, antes bien, al mandato que la propia Carta ha impuesto a los órganos del Estado –léase, al poder constituyente.

En efecto, a pesar de que la reforma constitucional suele ubicarse en un contexto de desarrollo político –como sería, v. gr., el fortalecimiento del régimen democrático–, la lectura que en este trabajo pretendo hacer de ella es, como he dicho, en clave de derechos subjetivos públicos. Así, al sostener que el constituyente derivado no está sino cumpliendo con su deber de actuar, no me refiero a lo que políticamente puede esperarse de él, sino a lo que jurídica o normativamente debe hacer: la Constitución señala expresamente que es deber de los órganos del Estado –cual es el poder constituyente– respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (art. 5º, inc. 2º), teniendo tales órganos que someter siempre su acción a dicho precepto (art. 6º, inc. 1º). Pues bien, en este orden de ideas, las reformas que aquí hemos examinado simplemente constituyen el minimum minimorum que debe realizarse a fin de dar satisfacción a uno de los preceptos más importantes de nuestro sistema jurídico, a saber, el artículo 4º de la Carta Política, que proclama que "Chile es una república democrática"[18], pero éstas son sólo reformas parciales de lo que, en definitiva, debiera hacerse a fin de cumplir con este gravitante mandato aspiracional. En esta sección, entonces, intento auscultar cuáles son (o podrían ser) algunas de las carencias que aún exhibe nuestro Texto Fundamental, siempre con la mira puesta en la mayor promoción de los derechos humanos (lo que, como se vio, no es sino deber del Estado).

Para ello, resulta de utilidad el análisis que hace Macpherson respecto al tránsito que los regímenes democráticos han recorrido desde mediados del siglo XVIII[19]. Según este autor, es posible observar que la democracia –como régimen

[18] Analizo la relevancia normativa de esta cláusula en relación con la función representativa del Congreso Nacional en Contesse, Jorge, "El Parlamento en mora: algunas reflexiones sobre la función representativa del Congreso Nacional", en prensa, Revista de Derecho Público Nº 65, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
[19] Macpherson, C. B., La democracia liberal y su época, Alianza Editorial, Buenos Aires, 1991.

Artículo: Historia y Derecho Constitucional: Las reformas constitucionales desde los derechos fundamentales
Revista: Nº212v1, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Jorge Contesse Singh

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de gobierno– nace como un sistema cuyo objeto principal es la protección de los gobernados frente a la posible opresión de la mayoría. Pero, yendo más allá de la tradicional categorización del "respeto a las minorías", Macpherson cree que el modelo que funda la democracia liberal reposa en las bases utilitaristas que Bentham y Mill sentaran[20]. Con posterioridad a dicho "modelo de protección", la democracia liberal transita, según el profesor canadiense, hacia un modelo de desarrollo, en el cual el sistema democrático es tenido como un "modelo moral", que permite la perfección humana de los individuos. Stuart Mill sería el primero en advertir la obsolescencia del modelo de protección, principalmente por las fuertes demandas de la clase obrera ante las enormes desigualdades sociales que éste produjo.

Finalmente, ya en el siglo XX, la democracia liberal habría tomado la forma de un "modelo de equilibrio", en el que se elimina deliberadamente el contenido moral que se insertara en la idea de democracia[21]. En el nuevo modelo, piensa Macpherson, "[l]a participación no es un valor en sí misma, ni siquiera un valor instrumental para lograr que los seres humanos, como un todo, sean más elevados y tengan más conciencia social. El objetivo de la democracia es tomar nota de los deseos de la gente"[22,23].

Este modelo de equilibrio es fuertemente criticado por el teórico de Toronto, ya que, según explica, comprende a los individuos como consumidores de mercadería política ofrecida por ciertos proveedores (los representantes) y no como ciudadanos de un sistema democrático. El mayor problema radica en que en este "mercado político", como se ha dado en llamar a la democracia, no existen las condiciones que los postulados de la economía clásica elaboraron para su óptimo funcionamiento; en el mercado político, en efecto, existe un oligopolio que hace que el modelo caiga (o, al menos, deba caer por el reemplazo de otro).

El nuevo modelo que sustituiría al de equilibrio descrito precedentemente es, en concepto de Macpherson, la democracia como participación. Esto es, un modelo que pone el énfasis en los mecanismos que acerquen a la ciudadanía de

[20] Según él, "no existe [en este primer modelo] un entusiasmo por la democracia, ni una idea de que pudiera ser una fuerza moralmente transformadora: no es más que un requisito lógico de la gobernación de individuos conflictivos inherentemente egoístas de los que se supone que tienen un deseo infinito de obtener beneficios privados para sí mismos" (op. cit., p. 56).
[21] Macpherson, op. cit., p. 97.
[22] Idem.
[23] No puede sino sorprender la lucidez del autor en comento para retratar, a fines de los setenta, lo que por estos días parece acaecer en nuestra práctica constitucional y política, profusamente gobernada por las "necesidades de la gente", antes que por criterios de autogobierno colectivo. Véase Contesse, Jorge, "El Parlamento en mora...", op. cit.

Artículo: Historia y Derecho Constitucional: Las reformas constitucionales desde los derechos fundamentales
Revista: Nº212v1, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Jorge Contesse Singh

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

los asuntos públicos, de modo de lograr el ideal republicano del autogobierno y disminuir las desigualdades presentes en nuestra sociedad[24].

Pues bien, siguiendo el análisis del autor citado, parece que nuestra democracia asiste en plenitud al tercer modelo por él descrito, vale decir, al concepto de democracia como equilibrio (o "elitista pluralista"). Lo que hoy domina el debate parlamentario (en estricto rigor) podría resumirse en la frase "las necesidades de la gente", lo que importa que la clase política se interese fuertemente por recoger tales necesidades o preferencias y, casi sin traducirlas, legislar en consecuencia. Sin embargo, en materia de reformas constitucionales, no parece acertado hablar de las necesidades de la gente como idea motor de las enmiendas que aún penden en el Congreso, sino, más bien, de las necesidades de las propias elites que ostentan el poder. Como señalé algunas páginas más atrás, no hay atisbos en las reformas que se discuten de una preocupada participación de la ciudadanía; se trata, en verdad, de una nueva ordenación de la forma como el poder se ha distribuido.

Pero si nos tomamos en serio el análisis de Macpherson, y a ello agregamos las consideraciones normativas vigentes en nuestro sistema, parece ineludible el deber de los órganos del Estado –en especial, del constituyente– de avanzar hacia mayores grados de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. De eso, y no de otra cosa, se trata la democracia.

IV. CONCLUSION: ¿QUE REFORMAS?

Así, entonces, cabe avanzar algunas ideas en torno a cómo debiera plantearse el debate sobre enmiendas a la Carta Fundamental, desde una óptica de los derechos constitucionales. Vimos que se ha presentado tradicionalmente una "tensión irreconciliable" entre la idea de democracia y el constitucionalismo, lo que explica, como sostiene Nino, que en los sistemas latinoamericanos se observe una "obvia deficiencia en funcionalidad de los mecanismos gubernamentales"[25] desde que se recepciona una mixtura de dos tradiciones opuestas (la tradición liberal lockeana y la tradición democrática de Rousseau).

En esta parte final quisiera intentar una aproximación de estos dos polos opuestos por medio de la vigorización de un derecho fundamental en particular,

[24] Para Macpherson "la poca participación y la desigualdad social están tan inextricablemente unidas que para que haya una sociedad más equitativa y más humana hace falta un sistema político más participativo" (op. cit., p. 114).
[25] Nino, op. cit., p. 6.

Artículo: Historia y Derecho Constitucional: Las reformas constitucionales desde los derechos fundamentales
Revista: Nº212v1, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Jorge Contesse Singh

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

a saber, el derecho de participación política. La idea es que, por medio del fortalecimiento del derecho humano de participación ciudadana, es posible jurídica y políticamente fortalecer la democracia: no habría, entonces, una contradicción de términos sino, antes bien, una relación de complementariedad.

La pregunta que corresponde formular es, consecuentemente, ¿qué reformas requeriría nuestra Constitución para avanzar en el camino de la democracia como participación?

El propio Nino analiza profundamente las implicaciones de adoptar mecanismos de participación o "democracia semidirecta", haciéndose cargo, aun, de las eventuales dificultades que ello puede acarrear[26]. El jurista argentino ilustra el punto señalando que la introducción del referéndum, plebiscito, la iniciativa popular y la posibilidad de revocatoria, entre otros, tendería a superar "los atisbos crecientes de apatía política de la población"[27].

Pues bien, parece que este tipo de enmiendas –ciertamente lejanas a lo que hoy tenemos para discutir, aunque no por ello menos legítimas– son un imperativo que nuestro sistema debe recoger. Habría aquí una aplicación a fortiori de las reformas: quien puede lo más –contemplar mecanismos genuinos de participación ciudadana– naturalmente habrá podido lo menos –aprobar las reformas que hoy se discuten en el Congreso. En este sentido, debe reiterarse lo que señaláramos más atrás, en el sentido de que los cambios a la Constitución que están por votarse no son sino el mínimo, el piso que debemos tener.

A estas ideas, pienso, es aún posible agregar otros arreglos institucionales que potenciarían la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. Entre ellos, un lugar especialmente relevante es la regulación (ausente) del recurso de protección en la Carta. Excede el marco de este trabajo referirse en detalle a las diversas implicaciones que ello tiene, sin embargo, valga aquí señalar que la incorporación a la Constitución de un mandato expreso de regulación legal del procedimiento de esta acción constitucional podría aprovecharse como una buena oportunidad para lo que intento plantear. Es un hecho que numerosos conflictos (que podríamos llamar, vagamente, "políticos") se han traducido en problemas judiciales, lo que impone el deber de reflexionar en torno a la forma como los

[26] Ibíd., pp. 539 y ss.
[27] Lamentablemente, estas palabras tienen pleno sentido en nuestra realidad actual: de acuerdo con los datos arrojados por la Encuesta Latinobarómetro, Chile (31%) es junto con Ecuador (29%) uno de los países donde hay más indiferencia por el tipo de régimen (...) con mayor número de ciudadanos lejos de la política, y con el más alto porcentaje de ciudadanos insatisfechos con la democracia en la región (69%). Véase Encuesta Latinobarómetro 2002, Informe de Prensa, p. 7.

Artículo: Historia y Derecho Constitucional: Las reformas constitucionales desde los derechos fundamentales
Revista: Nº212v1, año LXX (Jul-Dic, 2002)
Autor: Jorge Contesse Singh

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tribunales se acercan a las materias de que conocen. En ello, he mostrado en otro lugar[28], la práctica constitucional de la jurisprudencia muestra serias deficiencias para la solución de "casos difíciles", en que se ven involucrados derechos fundamentales.

Piénsese en la imposibilidad que se ha dispuesto (por vía jurisprudencial) de impetrar este recurso como acción colectiva. A pesar de que cada día es posible observar que efectivamente casos constitucionales tienen incidencia colectiva –siendo un claro ejemplo el de la llamada "píldora del día después"–, la argumentación iusprivatista que gobierna el debate del foro judicial se aleja de lo que la práctica requiere, en tanto ella puede desarrollarse y reconstruirse precisamente en esta sede. Dicho de otra manera, no sólo es el Parlamento el lugar donde los ciudadanos pueden –por cierto, con dificultad– enfrentar sus posiciones y desacuerdos acerca de cuestiones de interés común; los tribunales también sirven a este propósito, aunque, desde luego, de un modo diverso (por ejemplo, en cuanto a las reglas que ordenan el debate).

Así, entonces, para avanzar hacia la Constitución que queremos –todos– indefectiblemente se requiere fortalecer los mecanismos institucionales para que ella sea más que un texto escrito, como lo ha pensado Dworkin, una verdadera práctica argumentativa y social, en que todos los imperados por ella tengan posibilidad de reconstruirla. La incorporación de instrumentos de democracia semidirecta es, sin duda, un paso hacia tal propósito; y, en verdad, dicho propósito apunta más que a una nueva reforma de la Constitución, a la adopción lisa y llana de un nuevo y genuino pacto social.

[28] Contesse, Jorge, "Reglas y principios: ¿jerarquía entre los derechos constitucionales?", en Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Anuario de Filosofía Jurídica y Social Nº 20, Valparaíso, 2002, pp. 53-93.