



Centro de estudios del desarrollo

f /CentrodeEstudiosdelDesarrollo

@ced.cl

@ced_cl

Informe N°1397

Política

25/05/2021

Comentario y análisis del libro CED "Diálogos Constitucionales. Contenidos para un nuevo Pacto Social en Chile"¹

Sebastián Soto Velasco²

Novedades

25/05/2021

Política

Comentario y análisis del libro CED "Diálogos Constitucionales. Contenidos para un nuevo Pacto Social en Chile"

15/04/2021

Política Sectorial

Ayer y hoy de la Educación en la Constitución Política del Estado chileno

11/03/2021

Política

El actual proceso constituyente como una oportunidad para la acción política de los cristianos (Parte 2)

05/03/2021

Política

El actual proceso constituyente como una oportunidad para la acción política de los cristianos (Parte 1)

27/01/2021

Política

Fratelli tutti y el debate para una nueva Constitución

Acerca de

Este informe ha sido revisado por el Consejo Editorial de Asuntos Públicos. El contenido no representa necesariamente la opinión del Centro de Estudios del Desarrollo, CED.

©2000 asuntospublicos.cl. Todos los derechos reservados.

Se autoriza la reproducción, total o parcial, de lo publicado en este informe con sólo indicar la fuente.

1. Introducción.

Me parece necesario iniciar estas palabras destacando la edición que tenemos entre manos. Se trata de una edición tremendamente atractiva, no es ni muy gruesa ni muy pesada, pero es al mismo tiempo muy profunda. Tiene la virtud de que cada capítulo sigue una estructura similar, lo que es un gran mérito de los editores. En cada uno de ellos se plantea un problema que será debatido en la nueva Constitución y que se aborda desde diversas perspectivas: la histórica y la comparada. Luego cada autor plantea su posición con un diagnóstico crítico y la mayor de las veces, con propuestas. Todo esto contribuye al diálogo, mejora la política, nos permite construir sobre la evidencia y no solo sobre la intuición o los lugares comunes. Y también nos permite discrepar; pues debo confesar que hay muchos planteamientos en el libro respecto a los cuales discrepo. Pero más allá de eso, la perspectiva y la densidad con que cada artículo aborda las distintas preguntas me llevan a felicitar a los autores y a los editores.

Tras esa mirada general, paso ahora a una mirada más específica para luego abordar tres temas que son de máxima importancia.

2. La relevancia de la perspectiva histórica y comparada.

Ante todo, quiero detenerme en las perspectivas que siguen muchos de los trabajos.

a) Perspectiva histórica.

La primera es una perspectiva histórica. Varios capítulos dialogan con el pasado, con nuestra propia historia constitucional. Eso es importante. Como escribía Carlos Nino, un constitucionalista argentino que murió en los noventa, escribir una constitución se parece a la construcción de catedrales en la Edad Media. Estas catedrales iban siendo construidas de generación en generación; donde la nueva generación que construye la catedral la "escribe" (o más bien la construye) sobre la base de lo que venía haciendo la otra generación. Y Nino nos dice que así se escriben las

¹ Presentado el 16 de marzo de 2021. Agradezco a Javier Cifuentes y a Claudio Pérez del Centro de Estudios del Desarrollo por la invitación a compartir reflexiones sobre este libro que llega en un momento tan relevante para el diálogo constitucional. También a la Fundación Konrad Adenauer y a Claudia Sarmiento por las sugerentes reflexiones que hizo el día en que presentamos el libro.

² Profesor de Derecho Constitucional. Director del Departamento de Derecho Público. Facultad de Derecho Universidad Católica. Quiero agradecer a Agustín López C. por la transcripción y comentarios a este trabajo.

constituciones. No podemos simplemente olvidar o romper completamente con aquello que ya fue escrito por las generaciones anteriores, porque cada generación que escribe una constitución lo hace sobre la base de nuestra propia tradición constitucional, de nuestros propios traumas, de nuestra propia experiencia. No sería sabio entonces escribir la Constitución de espaldas a la historia³.

Pienso que algunos textos de este libro nos acercan de un modo muy sugerente a esa perspectiva. Por ejemplo, el texto de Juan José Richter titulado "*Subsidiariedad y Solidaridad: ¿Qué aporte pueden hacer estos principios del Pensamiento Social de la Iglesia a un Nuevo Pacto Social?*". A mí me parece que más allá de las coincidencias o diferencias, el artículo aborda la fundamental pregunta del rol del Estado desde la relación entre la subsidiariedad y la solidaridad. Como todos nosotros sabemos, llevamos 40 años en la dogmática chilena discutiendo sobre este tema; y esa discusión ha ido generando un contenido de lo que debemos entender por la subsidiariedad, su alcance constitucional más o menos intenso, según sea la lectura que se haga de la propia Constitución. La perspectiva histórica que he destacado nos diría que no es conveniente simplemente olvidar este debate; hacer como que no existió me parecería equivocado.

Dicho de otra forma: cabe preguntarse qué es más leal con la figura que Nino nos propone para mantener un cierto continuo intelectual con el debate que se generó bajo el imperio de la Constitución vigente. Me parece que la respuesta sería que es más razonable discutir la faceta activa del Estado en torno a estas cláusulas -subsidiariedad y solidaridad- que ya han sido objeto de deliberación y configuración dogmática. Esto incluso si es que queremos cambiar el rumbo y promover fórmulas más intervencionistas. Por eso creo que para discutir en la nueva Constitución sobre el rol del Estado, tiene sentido hacerlo desde la subsidiariedad; y el artículo de Juan José Richter ilumina esa perspectiva. Incluso tiene sentido hacerlo desde la subsidiariedad aun cuando queramos avanzar en sentido opuesto al que pensaron los que escribieron la Constitución actual. En esta línea, pienso que trasplantar o importar otras cláusulas que son igualmente ambiguas -como la del estado social de derecho- creo que olvida estos 40 años, genera un paréntesis más que un continuo intelectual.

Volviendo al tema de la importancia de la perspectiva histórica, me parece que Andrés Peñaloza también la destaca al momento de tratar las cargas públicas en su artículo "*El derecho de propiedad y las cargas públicas: desde la Constitución vigente hacia una nueva Constitución*". Es decir, no solo interpreta un texto frío, sino que también ve su historia y construye una teoría para la interpretación del derecho de propiedad junto con las cargas públicas que se encadena con esta "catedral", o con este libro que estamos escribiendo si es que seguimos ahora la analogía de Dworkin. De esa forma no descontextualiza la propiedad de la propia experiencia chilena que, no debemos olvidar, tiene en esta materia intensos traumas, como la reforma agraria y el debilitamiento de la propiedad rural o la nacionalización del cobre.

En fin, en muchos de los artículos hay un vínculo con la historia que yo creo no debemos desatender, y felicito esa perspectiva del libro.

b) Perspectiva comparada.

Soy algo más cauto con la perspectiva comparada. Muchos de los artículos también elaboran y plantean una serie de disposiciones similares en otras constituciones del mundo. Estoy consciente que esos artículos no lo

³ Carlos Santiago Nino. *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional.* (Astrea, 2005). Ver págs. 63 y ss.

hacen porque busquen hacer un trasplante -un *copy-paste*- de la norma escrita en otras partes; todos sabemos que una cosa es la norma escrita y otra cosa es la norma aplicada. Las constituciones admiten muchas declaraciones, pero lo correcto consiste no sólo en observar esas declaraciones, sino que también su aplicación.

¿Por qué conviene detenerse en el derecho comparado? Principalmente para encontrar las preguntas, porque las preguntas que hoy nosotros le hacemos a las constituciones son similares en todas partes del mundo. Es parte de lo que denominamos el constitucionalismo global. Y por eso en muchas partes se discute sobre los diversos temas que aborda este libro. Eso se aprecia, por ejemplo, en el artículo de Augusto Wiegand⁴, en el de Daniela Henríquez⁵ y en el de Esteban Szmulewicz y Alejandra Precht⁶. Este último artículo desarrolla, en clave comparada, los mecanismos de coordinación entre el Gobierno central y los gobiernos regionales, que son fundamentales hoy para evitar la conflictividad. Todas estas son miradas comparadas que nos permiten hacer las preguntas precisas.

Pero el derecho comparado no necesariamente nos sirve para encontrar las respuestas. Por eso importar acríticamente declaraciones, cláusulas o modelos creo que no es el camino correcto. Y por eso entonces, cuando Fernando González y Laura Mancilla exponen los elementos del derecho a la salud y destacan la Constitución de Portugal⁷; o cuando Marco Vásquez examina el derecho a la seguridad social en las constituciones de Argentina, Colombia, España y Perú⁸; o cuando Leonardo Castillo hace lo propio con el derecho de propiedad industrial⁹, pienso y espero que no lo hagan para sugerir su trasplante sino para mostrar que hay preguntas y temática que deben ser abordadas.

¿Y dónde están esas respuestas? Esas respuestas posiblemente están acá, en nuestro país y en nuestra historia, no en las cláusulas extranjeras. Nuestros pre-compromisos, nuestras esperanzas, nuestros fantasmas (porque cuántos fantasmas están dormidos en las páginas de una constitución y que yo espero no sean despertados durante este proceso); todo eso reunido en alguna medida nos ofrece las respuestas, y no necesariamente cláusulas que importemos del derecho comparado.

En definitiva, creo que es importante mirar el derecho comparado para hacerse preguntas, pero las respuestas posiblemente están entre nosotros y no afuera.

3. Algunos análisis concretos.

Paso ahora a la segunda parte de mi presentación en la cual quiero hacer tres análisis concretos sobre temas específicos.

⁴ Augusto Wiegand. De la Proclamación a la Constitucionalización de la Dignidad: Constitución y Dignidad Humana en Chile. En Javier Cifuentes y Claudio Pérez (editores): *Diálogos Constitucionales: Contenidos para un nuevo Pacto Social en Chile* (Santiago: CED, 2021). Todas las demás referencias, salvo que se indique lo contrario, están tomadas de artículos de este libro.

⁵ Daniela Henríquez. La descentralización como oportunidad democrática en una nueva Constitución.

⁶ Esteban Szmulewicz y Alejandra Precht. Desarrollo territorial equitativo y descentralización. Propuestas para la nueva Constitución de Chile.

⁷ Fernando González y Laura Mancilla. Consagración Constitucional y Arreglos Sociales para el Derecho a la Salud.

⁸ Marco Vásquez. Constitución, Seguridad Social y Rol del Estado.

⁹ Leonardo Castillo. La protección constitucional de la propiedad industrial en Chile: análisis y desafíos para una nueva Constitución.

a) Régimen de gobierno.

El primero es la discusión sobre el régimen de gobierno. La verdad es que desde hace un tiempo he emprendido una cruzada (que a veces pienso puede ser una obsesión...) en esta materia. Pienso que uno de los temas más importantes que deberá enfrentar la Convención será el cómo quienes tienen el poder político toman las decisiones, esto es, la pregunta por el régimen de gobierno.

En este tema tenemos el trabajo de Cristina Escudero¹⁰ quien promueve un semipresidencialismo de cohabitación, esto es, gobiernos mayoritarios que -nos dice- evitan el conflicto entre poderes y la inestabilidad del sistema. También tenemos el artículo de Mariana Canales¹¹ que, al contrario, sostiene que el presidencialismo tiene un nivel de arraigo que favorece la representación y la gobernabilidad.

Tengo severos cuestionamientos al semipresidencialismo porque a mi juicio, presenta varias dificultades.

La primera es el que podríamos llamar el problema de la fronda, es decir, un grupo pequeño que se impone a la voluntad ciudadana. Ese grupo pequeño es una fronda legislativa, que instala un Jefe de Gobierno el cual impide o le quita el poder al Jefe de Estado, el Presidente de la República, que es electo por millones de chilenos. Es difícil explicar esta intermediación que haría la fronda legislativa: los chilenos eligen a un Jefe de Estado que tiene poco poder y el gobierno lo ejerce un Jefe de Gobierno que concentra el poder y es elegido por el Parlamento.

También creo que el semipresidencialismo también tiene el problema de la parálisis. Es decir, traslada el conflicto que nosotros vemos hoy día entre Ejecutivo y Legislativo llevándolo al interior de La Moneda, sobre todo cuando hay cohabitación entre el Jefe de Estado y el Jefe de Gobierno, esto es, cuando ambas autoridades son de signos políticos distintos. Creo que un conflicto al interior de un poder tan relevante como el Ejecutivo conducirá a la parálisis. Por eso, entre otras cosas, los franceses en la última década han intentado establecer una serie de reformas para evitar por todas las vías la cohabitación. Creo que en un sistema como el nuestro -un sistema multipartidista- sería imposible evitar la cohabitación, y pienso entonces que la parálisis estaría a la orden del día.

También el semipresidencialismo nos trae problemas de estabilidad porque para gobernar se requiere estar constantemente consiguiendo la mayoría del Congreso. Hoy, en un régimen presidencial, para gobernar no se requiere la mayoría del Congreso. Esta mayoría se requiere para legislar que es un subconjunto de eso que llamamos gobernar.

Pensemos, por último, en la bomba atómica que significaría esto de la disolución de las cámaras, un elemento disruptivo que muchas veces -basta ver lo que pasó en Perú hace algún tiempo- no sirve para resolver conflictos, todo sigue igual.

No desconozco que el presidencialismo tiene problemas, pero pienso que esos problemas podemos solucionarlos dentro del contexto presidencialista, en lo que se ha venido a denominar un presidencialismo de coalición. ¿Qué es un presidencialismo de coalición? Es un régimen que mantiene la centralidad del Presidente y que, al mismo tiempo, crea mecanismos para atraer al oficialismo hacia La Moneda, para así

¹⁰ Cristina Escudero. El debate sobre el régimen de gobierno: la alternativa semipresidencial.

¹¹ Mariana Canales. Sistema de gobierno y crisis de representación.

generar una coalición más leal. Y también busca motivar la cooperación en la oposición a través de diversas fórmulas constitucionales y legales que unos autores han denominado "la caja de herramientas" del Presidente de la República¹².

En definitiva, estoy de acuerdo con Mariana Canales quien dice que *"el presidente no solo es un representante por haber sido electo, sino también pues su figura recoge el modo en que la sociedad chilena existe (...) es parte de la cultura e historia institucional del país, de su identidad. Hay entre la figura del Presidente y la sociedad un vínculo articulado y consolidado en el tiempo"* (p. 123). Creo que el régimen de gobierno que elijamos para nuestras próximas décadas no puede hacernos olvidar este vínculo histórico del presidente con la identidad de nuestra toma de decisiones.

b) Tribunal Constitucional.

Un segundo tema en el que quiero detenerme es el Tribunal Constitucional. Tomás de Rementería y Flavio Quezada han escrito un estimulante artículo, pero con el cual yo discrepo profundamente¹³.

En primer lugar, quiero decir que me da cierto pudor plantear mis ideas en esta casa, porque el padre del Tribunal Constitucional -no hay que olvidarlo- es Eduardo Frei Montalva. Fue la reforma de 1970 la que creó el Tribunal Constitucional que en gran medida es el que conocemos hoy día, salvo por los cambios que le hizo la reforma del 2005. Fue el Presidente Eduardo Frei Montalva quien, en su momento, promovió la creación del Tribunal Constitucional en esa reforma. Fue él el líder que consiguió que la Democracia Cristiana y la centroderecha lo aprobara pese a que la Unidad Popular votó en contra.

Hoy, solo 15 años después que la reforma del 2005 empoderó aún más al Tribunal Constitucional, yo veo realmente con pánico el brutal retroceso que significa que parte de la izquierda abandone la convicción que ha tenido en las últimas décadas respecto a la importancia del Tribunal Constitucional y vuelva a posiciones que nos llevan a las discusiones de fines de los 60. Por ejemplo, los autores sostienen que el objetivo del Tribunal Constitucional del 70 fue abiertamente *"impedir un proceso de democratización profundo como el que más adelante impulsó la UP"* (p. 129). No es poco hacer una afirmación como esa; no es poco decir que la reforma del 70, con la creación del Tribunal Constitucional, busco aquello, sin hacer ninguna referencia o nota a pie de página por lo demás. Ahí yo tengo una primera discrepancia. Pienso que el Tribunal Constitucional buscó ser un árbitro entre poderes -si seguimos las categorías de Calabresi¹⁴-. Y tanto lo fue que Salvador Allende, como Presidente de la República, ha sido el presidente que más ha recurrido al Tribunal Constitucional para que resuelva sus conflictos con el Congreso, más que el presidente Piñera ciertamente. ¿Por qué? Porque era ese un árbitro entre poderes, y no una instancia que buscaba impedir el proceso de democratización.

Pero vamos ahora al fondo. En su texto Tomás y Flavio sostienen que no es necesario un Tribunal Constitucional. Aquí tengo la segunda discrepancia. Los autores efectúan una crítica al modelo concentrado de control de justicia de constitucionalidad porque no resultaría *"fácil sostener una especificidad de la labor del juez constitucional respecto a la que podría realizar cualquier otro magistrado"* (p. 132). Y proponen entonces ya sea un control difuso de constitucionalidad (que a mi juicio no es una buena forma de desatar el

¹² Chaisty, Paul; Cheeseman, Nic; Power, Timothy: *Coalitional Presidentialism in Comparative Perspective. Minority presidents in multiparty systems.* (Oxford University Press, 2018).

¹³ Tomás de Rementería y Flavio Quezada. ¿Es necesario un Tribunal Constitucional en Chile?

¹⁴ Calabresi, Steven (2016). *Essay on the Origins and Growth of Judicial Review.* Northwestern Law & Econ Research Paper No. 16-18.

control constitucional porque el control difuso lo que hace es expandirlo más que controlarlo) o bien, por otra parte, proponen trasladarlo a la Corte Suprema en algunas de sus fórmulas.

¿Y por qué nos plantean esto? Porque, nos dicen, permitiría "*separar en mayor grado las estrechas relaciones del mundo de los constitucionalistas hegemónicos con el poder económico*" (p. 132). Debo reconocer que este argumento tiene algo positivo: es un argumento distinto a la crítica de la "tercera cámara" que ya hemos oído tantas veces y que a mi juicio es un argumento muy pobre que, al final, no cuestiona al Tribunal Constitucional sino que realmente lo que cuestiona es el control judicial de constitucionalidad de las leyes que existe en todo el mundo.

Pero, por otra parte, el planteamiento de los autores tiene un lado negativo pues se trata de un argumento muy circunstancial. Ante todo, si miramos con cierta detención las cifras, nos vamos a dar cuenta que hoy día esos "*constitucionalistas hegemónicos*" que estarían "*entrelazados con el poder económico*" en el Tribunal Constitucional no son tal cosa. Si uno mira las cifras de causas en el Tribunal Constitucional podrá ver que hay decenas de impugnaciones por Ley de Control de Armas, por Ley Emilia, etc. Entonces, fundar el argumento solo en las causas que aparecen en el diario o en twitter no me parece una metodología correcta. Es discutible también que, como sugieren los autores, en torno a la litigación de la Tercera Sala de la Corte Suprema el día de mañana -u hoy mismo- no se reúnan también los constitucionalistas hegemónicos. Ayer se reunían los civilistas hegemónicos y mañana lo harán quien sabe quiénes.

En definitiva, pareciera que el problema que preocupa a los autores poco tiene que ver entonces con la existencia del Tribunal Constitucional, y más tiene que ver con su integración o con la forma elitista de ejercer el derecho en Chile. Porque -hay que decirlo- así también es en todas partes y desde tiempos inmemoriales: la profesión jurídica, hasta hace poco tiempo, ha sido ciertamente una cuestión de elite.

En resumen, no me convence proponer la eliminación del Tribunal Constitucional más aún si tal posición se levanta sobre un argumento tan líquido como el que se plantea. Al final, si creemos en el control judicial de constitucionalidad de las leyes (y el mundo cree en él), la mejor forma entonces de efectuar este control, a mi juicio, es un tribunal especial y no un tribunal común. Cualquiera de nosotros que conoce la jurisprudencia de la inaplicabilidad y cualquiera de nosotros que estudió el derecho constitucional antes del 2005, sabe que en ese entonces no se enseñaban las sentencias de inaplicabilidad. Solo después del 2005 se empezaron a enseñar, sea para criticarlas o simplemente para reflexionar en torno a ellas. Y es que la inaplicabilidad fue dignificada y fortalecida en su argumentación cuando pasó al Tribunal Constitucional.

c) Justiciabilidad y derechos.

Quiero terminar en los minutos que me quedan con una idea precisa sobre algunos temas que atraviesan artículos de la primera parte: la justiciabilidad y los derechos.

En varios de los artículos hay un llamado a la justiciabilidad de los derechos: Angélica Bonilla y Catalina Fernández lo dicen respecto de la educación¹⁵; Martín Canessa lo hace respecto a la vivienda¹⁶.

¹⁵ Angélica Bonilla y Catalina Fernández. *La educación como derecho social: un cambio constitucional para una educación de calidad.*

¹⁶ Martín Canessa. *De la ausencia al reconocimiento y del reconocimiento a la eficacia: La incorporación del derecho a la vivienda en la Nueva Constitución como una necesidad democrática.*

Creo que en este tema tenemos que hacernos dos preguntas. La primera es respecto a quién está llamado a llenar de contenido los derechos. O digámoslo usando la frase que utiliza Marco Vásquez en su texto al hablar de seguridad social¹⁷. Él dice respecto al derecho a la seguridad social que se trata de un continente en busca de contenido. Los derechos -sobre todos los prestacionales- son siempre continentes en busca de contenidos. La pregunta entonces es quien debe llenar ese continente, si los jueces o los legisladores, las sentencias o las políticas públicas. Yo creo que en el mundo del derecho hay demasiada confianza puesta en las sentencias, pero yo prefiero confiar más en las políticas públicas, algunas mejores otras peores. Lo pienso no porque crea que no debe haber una revisión de la justiciabilidad de los derechos actualmente consagrados, sino porque creo que debemos resolver esto evitando extender esa justiciabilidad excesivamente. Me parece que confiar más en las políticas públicas como mecanismo para darle "contenido" al "continente" es una fórmula consciente de las limitaciones de la deliberación judicial y capaz de ponderar todos los factores en juego. Además, es un camino que confía en la igualdad que caracteriza a las políticas públicas y que no caracteriza a sentencias con efecto relativo.

En esto me quedo también con lo que señala Alejandra Benítez y Carolina Velasco a propósito del derecho a la salud¹⁸. Ellas dicen que "*la evidencia internacional indica que la judicialización en salud no necesariamente favorece a los más vulnerables, ya que quienes acceden al sistema legal son principalmente aquellos de ingresos medios y altos*" (p. 52). Y David Landau muestra algo parecido para Latinoamérica, pues señala que la judicialización, en general, ha favorecido a grupos de presión importantes¹⁹. Pienso que en Chile podríamos demostrar lo mismo si analizamos, por ejemplo, la litigación en materias de salud de afiliados de ISAPRES o la litigación de los funcionarios públicos.

Con estos tres temas concretos -la justiciabilidad, la mirada al Tribunal Constitucional y las discusiones sobre régimen de gobierno- además de la mirada inicial, quiero terminar celebrando este libro, celebrando la posibilidad de discrepar y agradeciendo también por esta invitación. Muchas gracias.

¹⁷ Marco Vásquez. Constitución, Seguridad Social y Rol del Estado.

¹⁸ Alejandra Benítez y Carolina Velasco. Salud y Constitución: antecedentes para la discusión.

¹⁹ David Landau. *The Reality of Social Rights Enforcement*. Harvard International Law Journal. Volume 53, Number 1, Winter 2012.