

# “Nueva Constitución” de Bachelet: Propuestas Preocupantes

**Chile debe estar abierto a la reforma constitucional ya que es parte de una sana evolución constitucional. Sin embargo, no contribuye a ello la ambigüedad con la que en esta materia se ha manejado la candidata Michelle Bachelet. El uso táctico del resultado parlamentario como mecanismo de presión y la incertidumbre intencionada de la vía concreta del cambio constitucional –donde no se ha descartado la controversial Asamblea Constituyente–, hacen que su propuesta sea vista con preocupación.**

En el programa de gobierno presentado por Michelle Bachelet –que hemos analizado con bastante detalle en documentos anteriores<sup>i</sup>–, destaca, sin lugar a dudas, su propuesta constitucional. Es importante, no sólo porque la Constitución es en sí misma relevante para el país –es la ley fundamental, el instrumento que contiene el pacto social de nuestra comunidad política, estableciendo las principales reglas en materia de distribución del poder, pesos y contrapesos y de derechos constitucionales–, sino por la ambigüedad con la que Bachelet había abordado este tema, siendo uno de los tres ejes relevantes de su campaña.

Y si bien en pocas páginas es difícil plasmar con detalle la multiplicidad de reglas y derechos que deben formar parte de una “Nueva Constitución”, es positivo que el grueso de la propuesta replique buena parte de la actual Constitución. Ello llevó al constitucionalista Arturo Fermandois a sostener que: “Si estamos hablando de crear algo completamente nuevo, la propuesta queda con un fuerte déficit”<sup>ii</sup>. La innovación constitucional, por lo demás, como ha señalado el experto comparativista

Tom Ginsburg, es un proceso extraordinariamente lento<sup>iii</sup>. No podría ser de otra manera; buena parte de las actuales reglas en materia de distribución del poder y derechos son parte de una evolución de la tradición constitucional chilena a lo largo de su vida republicana.

Y si bien hay una serie de perfeccionamientos constitucionales compartidos al compararse esta propuesta con los planteamientos de las

diversas candidaturas –incluida la de la Centroderecha– en temas tan diversos como profundizar el estatuto constitucional de la descentralización, aumentar las instancias de participación ciudadana y simplificar el voto de los chilenos en el exterior, repensar el sistema electoral parlamentario, el equilibrio de poderes entre el Presidente y el Congreso, el rol de las leyes supermayoritarias o aumentar la rendición de cuentas por parte de diversas autoridades públicas; el programa de Bachelet contiene, sin embargo, una serie de propuestas que nos parecen preocupantes y que deben ser examinadas en su mérito. A continuación, destacamos algunas de las más relevantes.

## La vía del cambio

Si bien el programa establece que se busca una nueva Constitución sobre la base de un proceso institucional, democrático y participativo, Bachelet ha sido ambigua. Conocemos las reglas actuales de reforma a la Constitución, dependiendo el capítulo se trata de quórum de 2/3 y 3/5 de los parlamentarios en ejercicio, que, como hemos explicado anteriormente, son estándar a nivel mundial<sup>iv</sup>. Pero, en este ámbito, no han contribuido para nada sus declaraciones –y las de algunos miembros de su equipo constitucional– que ponen demasiado énfasis en la táctica: dependiendo de las fuerzas que tengan en el Congreso, se definirá la vía elegida para el cambio. ¿Qué significa exactamente eso?, ¿qué pasa si Bachelet no consigue una mayoría parlamentaria suficiente?, ¿desechará la búsqueda de acuerdos en el Congreso u optará por el camino de un decreto inconstitucional que llama a plebiscito para pronunciarse sobre la Asamblea Constituyente, que para sus autores no sería controlable por el Tribunal Constitucional?

En este punto, el programa también se refiere a la necesidad de reformas “de entrada” que permitirían hacer un proceso participativo. Dicha participación parece estar pensada tanto durante el proceso –¿integrar al debate parlamentario a representantes de la sociedad civil? ¿designados? ¿electos?–, como después –plebiscito del proceso–. Pero nuevamente se abren varias interrogantes ¿qué pasa si hay legítimas diferencias respecto de las reformas “de entrada”? ¿Serán consideradas bloqueo? ¿Será entonces una señal para optar por vías extra institucionales como el decreto inconstitucional antes referido? Es difícil generar un espacio de negociación fructífero en un escenario marcado por la unilateralidad.

## Estado Social de Derecho(s) y Solidaridad

Hemos sostenido en un documento anterior que una de las principales propuestas de Bachelet es constitucionalizar el Estado de Bienestar, esto es, consagrar un Estado Social de Derechos<sup>v</sup>. Más allá de constitucionalizar dicha frase –siguiendo, por ejemplo, la Constitución

española, que establece que España “se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”–, se propone: (i) garantizar con acciones judiciales la totalidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) actualmente consagrados en la Constitución (pero que hoy quedan entregados en su desarrollo e implementación al legislador); (ii) agregar nuevos DESC, por ejemplo, el derecho a la vivienda, al trabajo –que reemplaza la regla actual de la libertad de trabajo– o el derecho a la cultura; y (iii) establecer el principio de solidaridad como principio rector de la relación individuo, sociedad y Estado, reemplazando –según han sostenido sus proponentes– el “neoliberal” principio de subsidiariedad.

**La ampliación del catálogo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** y el que sean justiciables, no sólo nos lleva a la larga discusión acerca de la naturaleza jurídica de los DESCs –derechos, aspiraciones políticas o prestaciones vinculadas a la capacidad del Estado de cumplirlas– sino que su justiciabilidad implica una transferencia masiva de poder desde el Congreso a los jueces –quienes no tienen la legitimidad democrática ni la capacidad técnica para tomar las decisiones más difíciles en materia de justicia distributiva, abriendo un espacio relevante para el activismo judicial<sup>vi</sup>.

Por otro lado, no deja de ser curioso que constitucionalistas de raigambre progresista, por décadas críticos de que la Constitución actual contuviera reglas y principios como el de subsidiariedad, que constituían la base del “modelo neoliberal”, y en consecuencia, alejaría a nuestra Constitución de los principios clásicos de libertad e igualdad<sup>vii</sup>, hoy busquen reemplazar la subsidiariedad por la solidaridad. Por lo demás, **¿qué status tiene el principio de solidaridad en nuestra tradición constitucional chilena?** Ninguno. Es más, ha sido bajo el principio de subsidiariedad –cuyo origen se encuentra en la doctrina social de la Iglesia y no en el liberalismo clásico– que se reconocen los DESC por primera vez de manera relevante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con ocasión del fallo denominado *Isapre I*, y que vincula éste al principio de solidaridad.

En todo caso, y como ha planteado sensatamente el académico Jorge Correa al debate constitucional, especialmente en materia de principios y DESC, habrá que ir con “goma”<sup>viii</sup>. Se trata de un adecuado minimalismo constitucional<sup>ix</sup>.

## **Nuevo mecanismo de reforma constitucional**

Como hemos señalado antes, los quórum actuales de reforma de 3/5 y 2/3 de los parlamentarios en ejercicio son bastante estándar en el derecho constitucional comparado. La propuesta de Bachelet en este punto tiene varias innovaciones, bastante preocupantes a decir verdad.

En primer lugar, respecto del quórum de reforma, vuelve a la regla de mayoría absoluta de la Constitución de 1925 (hoy serían 61 diputados y 20 senadores), descartando la técnica de la rigidez constitucional, **que busca proteger a las minorías y sus derechos**. Además, el quórum propuesto haría a la Constitución indistinguible de una serie de leyes, al menos de las más importantes (porque si bien se eliminan en las propuestas de Bachelet las leyes orgánicas constitucionales de quórum 4/7, se mantendrían algunas normas de quórum calificado, esto es, mayoría absoluta en ambas cámaras).

Preocupa también que las diferencias entre el Presidente y el Congreso sobre el contenido de ésta, serían resueltas mediante referéndum constituyente. Se trata de una fórmula que pone demasiado poder en manos de un Presidente (que ya tiene amplios poderes), disminuyendo el poder del Congreso como contrapeso y generando incentivos institucionales al populismo. En la práctica un Presidente popular, que además maneja las “urgencias” –esto es, decide los tiempos y prioridades de la agenda legislativa–, no requiere del Congreso para modificar la Constitución. El riesgo de autoritarismo es evidente; hemos visto el uso de esta técnica en el continente.

Finalmente, se agrega que cada reforma constitucional deberá ser aprobada en referéndum por el pueblo. Se trata tanto de una cuestión poco práctica -¿meros ajustes procedimentales o en plazos también lo requerirán?- como de una cuestión de fondo: agregaría un elemento de extraordinaria rigidez, lo que es curioso, ante la crítica que han hecho miembros del equipo de Bachelet de que los quóruns de 2/3 y 3/5 hoy son extremadamente rígidos –no sólo sabemos que no es cierto desde la perspectiva comparada, sino por la gran cantidad de reformas que se han hecho a la actual Constitución–.

### Tribunal Constitucional

En la actualidad y tras la reforma constitucional de 2005 (Ley Nº 20.050), el Tribunal Constitucional (TC), en materia de revisión judicial de legislación cuenta con controles preventivos y represivos, dependiendo de si la ley ha entrado en vigencia o no. El control preventivo es obligatorio respecto de proyectos de leyes interpretativas de la Constitución, orgánico-constitucionales y de preceptos orgánico-constitucionales contenidos en tratados internacionales. Puede ser eventual o facultativo cuando el Presidente, las cámaras o alguna parte de éstas, presentan un requerimiento ante dicho tribunal ante cuestiones de constitucionalidad de proyectos de reforma constitucional o de ley. Los controles represivos, por su parte, y desde la reforma de 2005, son dos: inaplicabilidad por inconstitucionalidad y declaración de inconstitucionalidad, abierta a los ciudadanos en su totalidad. Durante 2012, del total de ingresos por materia

al TC, un 82,7% correspondió a inaplicabilidades; 9,3% a controles preventivos obligatorios; y 3,8% a control preventivo facultativo<sup>x</sup>. No hubo ninguna solicitud de declaración de inconstitucionalidad, la que, por lo demás, son extraordinariamente excepcionales.

La propuesta de Bachelet busca eliminar los controles preventivos, manteniendo los represivos antes aludidos. El TC tendrá, en todo caso, una nueva competencia consultiva para -a petición de cualquiera de las cámaras- examinar la necesidad de adecuación del derecho interno con motivo de la aprobación parlamentaria de tratados internacionales de derechos humanos.

Si bien, es obviamente necesario revisar los controles preventivos del TC, especialmente el obligatorio -el que en la práctica no tiene mayor impacto y que ha sido bien catalogado por el profesor Sergio Verdugo sobre la base de evidencia empírica como un verdadero trámite administrativo, “una toma de razón”<sup>xi</sup>-, su total eliminación no parece sensata desde la perspectiva del derecho comparado -existen diversos TC con competencia preventiva en países con tradiciones democráticas intachables- ni de nuestra propia tradición constitucional -el denominado “primer TC”, que hace aparición en nuestro sistema constitucional en 1971 (y hasta 1973), poseía un control preventivo facultativo en términos bastante similares al de hoy-. El control preventivo facultativo es una importante herramienta institucional a favor de la minoría política de turno.

## Otros temas

Finalmente, existen otras dos propuestas preocupantes. En primer lugar, respecto de la libertad de expresión y el estatuto de los medios de comunicación social, se establecen frases sin mayor detalle en torno a que la ley determinará los límites a la concentración de la propiedad de los medios de comunicación y el que se buscará garantizar el pluralismo informativo. Este tipo de propuesta ha terminado muy mal en nuestro continente, erosionando no sólo la libertad de expresión, sino la democracia. Ello no tiene por qué ser así en nuestro país, claro está, **sin embargo, las reglas constitucionales son diseñadas para prevenir excesos y la arbitrariedad, no asumiendo el gobierno** de la virtud. Medios de comunicación independientes, un sistema de libertad de expresión vigoroso, son piedras angulares de la sociedad libre, la democracia y la crítica al accionar del Estado y sus autoridades. Debilitarla sería un error.

En segundo lugar, la autonomía constitucional del Banco Central parece relativizada. Porque si bien se reconoce la misma, la propuesta establece que la ley establecerá la medida de la autonomía y la configuración de sus competencias. Algunos miembros del equipo constitucional de Bachelet

sostienen que se trata de extender la acusación constitucional contra los consejeros; para otros consiste en aumentar el régimen de control y responsabilidad sobre estos. Lo relevante es que se trata de una autonomía que ha sido un avance institucional notable que no puede verse erosionado. Junto con lo anterior, la propuesta es confusa al mezclarse el trato al Banco Central y su autonomía constitucional, con otras instituciones que sólo tienen status y autonomía legal como el Consejo para la Transparencia y los entes fiscalizadores (por ejemplo, las Superintendencias).

## Conclusión

Al igual que en las últimas décadas, Chile debe estar abierto a la reforma constitucional; es parte de una sana evolución constitucional. Del examen de las propuestas constitucionales de los candidatos presidenciales, existe una serie de reformas ampliamente compartidas. Eso es positivo. Obviamente, hay diferencias legítimas respecto del diagnóstico institucional y de la magnitud y dirección de los cambios. Pero Chile cuenta con una tradición constitucional que debe servir como estándar a todos los sectores para juzgar el proceso de reforma constitucional que se avecina.

Con todo, no contribuye a ello la ambigüedad con la que en esta materia se ha manejado quien tiene la más alta probabilidad de ser electa Presidenta. El uso táctico del resultado de las elecciones parlamentarias como mecanismo de presión, la incertidumbre intencionada de la vía concreta del cambio constitucional –donde no se ha descartado la controversial Asamblea Constituyente–, y algunas propuestas específicas planteadas, hacen que la propuesta de Bachelet sea, con razón, vista con preocupación.

## En breve...

- Chile cuenta con una tradición constitucional que debe servir como estándar para juzgar el proceso de reforma constitucional que se avecina.
- Los quórum de reforma de 3/5 y 2/3 de los parlamentarios son estándar en el derecho constitucional comparado. La propuesta de Bachelet pretende volver a la regla de mayoría absoluta de la Constitución de 1925, descartando la técnica de la rigidez constitucional que busca proteger a las minorías y sus derechos.
- No contribuye la ambigüedad con la que se ha manejado Bachelet en materia de reforma constitucional. El uso táctico del resultado parlamentario como mecanismo de presión y la incertidumbre del método de cambio son preocupantes.

---

<sup>i</sup> Ver Temas Públicos Nº 1.134 LyD “Programa de Gobierno de Bachelet: Ambigüedades, Giro a la Izquierda y Exceso de Estatismo”, y Temas Públicos Nº 1135 LyD “Programa de Gobierno de Bachelet: Señales Preocupantes en otras áreas”.

<sup>ii</sup> Reportaje en Revista Qué Pasa “Debate a la carta”: <http://www.quepasa.cl/articulo/politica/2013/11/19-13104-9-debate-a-la-carta.shtml>

<sup>iii</sup> Tom Ginsburg (2013): “Innovation in constitutional rights“. [http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload\\_documents/November%2019%20Ginsburg%20Melton%20Innovation%20in%20Constitutional%20Rights%20.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/November%2019%20Ginsburg%20Melton%20Innovation%20in%20Constitutional%20Rights%20.pdf)

<sup>iv</sup> “Asamblea Constituyente ¿La salvación de Chile?”. Libertad y Desarrollo. Temas Públicos Nº 1.079.

<sup>v</sup> Ver Temas Públicos Nº 1134 LyD.

<sup>vi</sup> Ver José Francisco García y Sergio Verdugo. Activismo Judicial en Chile ¿Hacia el gobierno de los jueces?, Ediciones LyD, 2013.

<sup>vii</sup> Ver, por ejemplo, Pablo Ruiz-Tagle. “Principios Constitucionales del Estado Empresario”, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile Nº 62. 2000. <http://mazinger.sisib.uchile.cl/repositorio/pa/derecho/r20074201622revistadederechopublico v.62p.4867.pdf>

<sup>viii</sup> Ver Jorge Correa Sutil. “¿Ha llegado la hora de una nueva Constitución?”, Anuario de derecho Público 2013, Universidad Diego Portales, 2013.

<sup>ix</sup> Ver José Francisco García. “Minimalismo constitucional”, 2013 <http://voces.latercera.com/2013/10/21/jose-francisco-garcia/minimalismo-constitucional/>

<sup>x</sup> Ver Cuenta Pública de 2012 del Presidente del Tribunal Constitucional. <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/documentos/memorias-y-cuentas>

<sup>xi</sup> Sergio Verdugo. “Control preventivo obligatorio: auge y caída de la toma de razón al legislador”, Estudios Constitucionales, Año 8, Nº 1, 2010. <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art08.pdf>