

Pablo Ruiz-Tagle Vial*

Los Derechos Fundamentales ante la Reforma del Año 2005

En estas líneas comentaré algunas de las reformas constitucionales aprobadas en el año 2005. He dividido mi exposición en tres partes. La primera se refiere al contexto general de las reformas. La segunda trata las reformas referidas a los derechos fundamentales. La tercera y última parte es una recapitulación y algunas conclusiones¹.

I El contexto general de las reformas constitucionales en Chile:

La dictadura militar que se inicia en 1973 transfirió el poder constituyente de crear y cambiar la Constitución Política de la República, a la Junta de Gobierno², en circunstancias que de acuerdo al principio de soberanía popular el poder constituyente debe radicarse en el pueblo. El poder constituyente del pueblo de Chile no ha sido posible recuperarlo en plenitud hasta el año 2005.³ Como resultado de esta transferencia, la constitución chilena en sus dos partes principales puede ser descrita del modo siguiente:

1. *La nueva concepción dogmática ideológica y la reformulación de los derechos:* La estructura y el contenido de los derechos fundamentales se organizó en torno a una nueva concepción de los mismos. Esta nueva concepción de los derechos fundamentales significó abrogar las ideas más arraigadas que existían en Chile antes de 1973 que, por ejemplo, reconocían una mayor relevancia al principio y al derecho de igualdad constitucional. Además, la concepción constitucional predominante anterior a 1973 también asignaba un lugar prepon-

* Magíster y Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Constitucional Universidad de Chile.

¹ Algunas ideas de este trabajo se relacionan con una investigación financiada por Fondecyt referida a los proyectos sobre derechos fundamentales Nos. 102034 y 7020348.

² Ver texto anterior del mismo autor UN PROGRAMA DE REFORMAS CONSTITUCIONALES EN CHILE PARA EL BICENTENARIO, publicado en Anuario 2003-2004, Universidad de Chile, Santiago, Chile (2003) en el cual se ha basado esta parte del trabajo.

³ CRISTI, R., *El Pensamiento Político de Jaime Guzmán*. Lom Ediciones, Santiago (2000).

derante entre los derechos fundamentales al derecho de sufragio y ahora el sufragio aunque es obligatorio para los inscritos, pierde relevancia por el sistema electoral empatado en las elecciones parlamentarias y por el efecto que tienen en el proceso político órganos cuya legitimidad no es democrática. Asimismo, la concepción de los derechos fundamentales anterior a 1973 pensaba el derecho de propiedad como un derecho económico y social, convirtiéndose con la nueva carta fundamental en una libertad⁴; en tanto que los derechos económicos y sociales, como la salud, la educación y el trabajo se reformulan enfatizando en ellos el aspecto de libre elección⁵.

2. *Los nuevos órganos y funciones del Estado*: El segundo efecto constitucional que produjo la dictadura militar fue imponer un sistema que se forma con órganos de gobierno que no representan al pueblo de Chile y que no están organizados de acuerdo al principio democrático representativo, ni al de soberanía popular. En la Constitución vigente se puede mencionar, entre estos órganos, particularmente al Consejo de Seguridad Nacional. Además una serie de órganos han visto debilitada su legitimidad democrática en su generación y funcionamiento por la incrustación autoritaria que supuso por ejemplo, en el caso del Senado, la adopción de senadores designados y vitalicios. Algo semejante ocurre en el Tribunal Constitucional en cuanto a la generación de algunos de sus miembros que eran nombrados por el Consejo de Seguridad Nacional.

De lo anterior se concluye que el ejercicio de imaginarse cambios constitucionales ha tenido la mayor importancia para Chile. Adicionalmente, la Constitución chilena puede ser caracterizada como una «Constitución gatopardo».⁶ Una constitución que mientras más se reforma, más permanece igual en cuanto a sus principales rasgos autocráticos. De hecho la Constitución que inicia la vigencia del gobierno democrático «en transición» el mes de marzo de 1990, ha sido la carta fundamental que más reformas ha tenido en nuestra historia. Incluso antes de entrar en vigencia y luego de conocerse el resultado del ple-

⁴ El art. 19 N°23 de la carta fundamental establece que “La Constitución asegura a todas las personas: La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes (...)”.

⁵ Ver art. 19 N°9 (derecho a la protección de la salud), N°10 (derecho a la educación, complementado con el N°11 referido a la libertad de enseñanza) y N°16 (libertad de trabajo).

⁶ LAMPEDUSA, G. EL GATOPARDO, Ediciones Orbis S.A., p. 207, Barcelona (1982). La novela da como definición del Gatopardo: “Un linaje difícil de suprimir, porque en el fondo se renueva continuamente y porque cuando es necesario sabe morir bien, es decir, sabe arrojar una semilla en el momento del fin. Mire a Francia: se hicieron matar con elegancia y ahora están allí como antes, digo como antes porque no son los latifundios, ni los derechos feudales lo que hacen al noble, sino las diferencias. Ahora me dicen que en París hay condes polacos a quienes la insurrección y el despotismo han obligado al exilio y la miseria: hacen de cocheros, pero miran a sus clientes burgueses con tal ceño que los pobrecillos suben al coche, sin saber por qué, con el aire de un perro en una iglesia. Y también le diré, don Pietrino, que si como tantas veces ha sucedido, tuviera que desaparecer esta clase, se constituiría enseguida otra equivalente, con los mismos méritos y los mismos defectos. Acaso no se basará ya en la sangre, sino, ¡qué sé yo! en la antigüedad en cuanto a la presencia en algún lugar, o su pretendido mejor conocimiento de cualquier presunto texto sagrado.”

biscito del 5 de octubre de 1988, se votaron 54 reformas constitucionales en un segundo plebiscito que tuvo lugar en 1989. Desde allí en adelante las (más de dieciocho) leyes de reforma a la carta fundamental suman y siguen. A pesar de estos esfuerzos y los adelantos parciales en la realización de elecciones periódicas, en la gradual instalación de un Congreso y de partidos políticos que funcionan, tenemos que reconocer que el carácter autocrático de la constitución chilena conserva gran parte de su vigencia.

Porque Chile a pesar de haber recuperado su democracia todavía tiene diversos problemas, entre ellos un déficit democrático. Por eso, la necesidad de abordar futuras reformas constitucionales requiere pensar en primer término ciertas cuestiones que se perciben como previas antes de definir las propuestas sustantivas que pueden servir para cambiar la "Constitución Gatopardo". Por ejemplo debe tratarse el procedimiento más adecuado para la reforma, cuestión que tiene tres respuestas alternativas.

La primera alternativa es la convocatoria a una Asamblea Constituyente, la segunda es la reforma constitucional gradual fundada en los poderes democráticos constituidos sin convocar a una Asamblea y la tercera es la interpretación de la constitución para que una nueva concepción de la misma llegue a producir una mutación de su contenido.

La Asamblea Constituyente es una posibilidad que se ha dado en forma excepcional en la historia del constitucionalismo y que en el caso de Chile encierra grandes riesgos por las mayorías electorales actuales. El riesgo que existe, es que se puede conformar un órgano que ejerza el poder constituyente que en definitiva termine por legitimar la autocracia en Chile. Además, el llamado a una Asamblea Constituyente supone tener cierta seguridad de encontrar un proyecto constitucional que sea compartido en Chile por todos los sectores. Este requisito es particularmente difícil de cumplir, porque en nuestro país existen todavía fuerzas políticas que ni siquiera respetan la democracia interna en sus partidos y que responden a poderes fácticos. Por eso, no se ve cómo se puede construir un proyecto democrático que tenga como base una Asamblea Constituyente.

Por estas dificultades que existen en relación con la idea de llamar a una Asamblea Constituyente es que yo considero más viable una combinación de la segunda y tercera alternativa (interpretación y reforma gradual) que es por lo demás el camino que siguieron en el siglo XIX frente a la Constitución autoritaria de 1833 los liberales chilenos. Un camino que consiguió un éxito moderado. Entre ellos, por ejemplo Jorge Hunneus, en su famosa obra LA CONSTITUCIÓN ANTE EL CONGRESO, muestra cómo el texto de 1833, que tenía un origen autocrático, pudo ser mutado por la vía de la reforma y la interpretación constitucional hasta darle un sentido pro democrático. La mayor dificultad para realizar esta estrategia es que debemos encontrar al menos uno o más órganos constitucionales donde se exprese el principio de-

mocrático y eso recién está presente en la Constitución actual a contar de la instalación del Congreso del mes de marzo del año 2006. En el Chile republicano durante el siglo XIX y XX el órgano que llevó la iniciativa en materias constitucionales fue el Senado. Desgraciadamente hasta la última reforma constitucional, el Senado ha tenido la incrustación autoritaria de los senadores designados y vitalicios. Siguiendo esta idea consideramos que las reformas constitucionales deben entenderse ante todo como un proceso continuo, que debe realizarse ante los poderes constituidos del Estado y no como un ejercicio esporádico y tal vez incontrolable como el que resultaría de una Asamblea Constituyente.

Por eso es tan urgente la reforma constitucional del Senado para que se pueda encontrar un "locus" plenamente democrático desde donde puede surgir una nueva concepción constitucional que responda a principios constitucionales civilizados. También se requiere de manera urgente asegurar la subordinación militar al poder civil, para llegar a los niveles de legitimidad política que se habían logrado en la Constitución de 1925. Esto se puede conseguir con la derogación total mediante reforma constitucional del Consejo de Seguridad Nacional y la extirpación de la doctrina de seguridad nacional de la carta fundamental. Conspira también contra la democratización de la Constitución un sistema de control constitucional judicial en el cual participan el Tribunal Constitucional, la Contraloría, la Corte Suprema y los Tribunales Electorales de manera desorganizada y con problemas de legitimidad democrática en su generación. Los problemas en la generación que afectaron particularmente al Tribunal Constitucional también han sido superados en la última reforma constitucional del año 2005. Un sistema de control constitucional bien ordenado es necesario para asegurar los derechos de las personas de manera igualitaria y para ejercer un control efectivo sobre los gobernantes.

Finalmente, el excesivo poder Presidencial es también un obstáculo a la democracia. Frente a los órganos legislativos la figura presidencial se erige como un verdadero órgano autócrata que dificulta dar legitimidad democrática al sistema como un todo porque incide de manera muy decisiva en la producción y aplicación del derecho. Debido al carácter autocrático de nuestro régimen el sufragio en el Chile de hoy es relevante, particularmente en la elección presidencial. A este respecto es conveniente recordar que la Constitución fue diseñada para que Pinochet fuese Presidente y no se han cambiado mucho en cuanto al poder presidencial sus características autocráticas.

Adicionalmente, en el caso de Chile la participación política y el ejercicio del sufragio en un sistema binominal se torna irrelevante porque asegura un empate e impide el gobierno de la mayoría en el Parlamento dificultando la amplia representación política que también se logró en la Constitución de 1925 en el Congreso. Un sistema electoral chileno perfeccionado debía producir la inscripción automática de todos los chilenos mayores de 18 años, que no hayan sido condenados a pena aflictiva según dispone el artículo 13 de la Constitución. Para lograr que la inscripción sea automática y el voto voluntario se requiere de una reforma constitucional, porque en el

artículo 15 de la Constitución se establece que para los ciudadanos el voto será además obligatorio, y de una reforma del artículo 139 de la ley orgánica de votaciones populares y escrutinios que sanciona al ciudadano que no votare. Además, de acuerdo al artículo 14 de la carta fundamental debía incluir a todos los extranjeros avecindados por más de un año y no exigir un plazo o requisito mayor de permanencia en Chile, junto con extender la posibilidad de votar a los chilenos residentes en el extranjero para que lo hagan en las embajadas y consulados.

También es importante respecto al ejercicio del derecho a sufragio incorporar como votación popular las elecciones primarias de los partidos para asegurar la democracia interna de los mismos. A este respecto el principal obstáculo es la sentencia del Tribunal Constitucional que consideró que las elecciones primarias no constituían votaciones populares. Por eso se requiere cambiar esta decisión una vez que se conforme un nuevo Tribunal Constitucional que forme parte de un sistema más racional, ordenado y legítimo de control constitucional que interprete la constitución de una manera pro democrática, como sucedió en las decisiones previas a 1990 que dictó este mismo órgano que, contra el texto de la Constitución, permitieron asegurar registros electorales, franja televisiva y liberalizaron los requisitos de residencia y actividad previa para permitir las distintas candidaturas. El que exista un número importante de personas que no participan en el sistema electoral no significa necesariamente que la democracia disminuya su legitimidad y por eso este argumento contra el voto voluntario no es a mi juicio válido. De hecho, en una poliarquía, tal como la define Robert Dahl o en una democracia dualista como la que plantea en su obra el profesor de la Universidad de Yale Bruce Ackerman, parte del éxito del proyecto democrático se juega en la posibilidad que existan formas de participación y de desarrollo de la personalidad que compitan con la participación política. La realización personal mediante la participación en grupos religiosos, artísticos, comunitarios y de aquello que se designa como alternativo al Estado y como parte de la sociedad civil es también un elemento valioso de la democracia contemporánea.

Esta idea de la mayor intensidad en la participación extra política en Chile debe por cierto ser comprobada de manera profesional por sociólogos y otros estudiosos, porque hay que reconocer que como toda hipótesis de trabajo no puede considerarse como probada por su sola enunciación. Por su parte, la apatía o desafección de los ciudadanos con el sistema político se puede revertir parcialmente con una campaña promocional que invita a los más jóvenes a sufragar y participar en la democracia. No es raro que exista apatía si el resultado de las elecciones, porque con el perverso sistema binominal que existe en la actualidad en Chile, que subsidia de manera injustificada a la segunda mayoría, se produce estancamiento en las propuestas y los liderazgos políticos. Porque hay un empate permanente en los cargos parlamentarios entre las dos primeras mayorías, excluyendo de representación a otros grupos. Aumentar la participación también implica invertir en educación cívica para que todos los ciudadanos entiendan cómo funciona el sistema y cómo se puede cambiar.

Otra cuestión de la mayor importancia en Chile es la pregunta por la desigualdad, porque en nuestro país las diferencias de ingreso son muy altas y porque a diferencia de nuestras formas de constitucionalismo anterior el principio de igualdad constitucional ha sido devaluado en la actual carta fundamental. Es cierto que se ha agregado el derecho a la defensa jurídica entre los derechos fundamentales en la nueva constitución, en el 19 N°3, y esto constituye un aporte. Sin embargo, se ha hecho una excepción que es excesiva en ese mismo numeral de la Constitución respecto del derecho a defensa jurídica al decir que: *“Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.”* Esto ha significado en la práctica sistemas de defensa judicial coordinada de los militares, de los cuales llegó a abusar el Fiscal Torres Silva, y la imposición de descuentos por planilla para la defensa judicial entre los uniformados, que conspira con la igualdad ante la Ley. Se ha constituido así por mandato constitucional un sistema estamental de defensa jurídica entre los uniformados que no tiene justificación desde el punto de vista de la igualdad ante la ley. También conspira contra el principio de igualdad la asimetría que puede percibirse en la reforma procesal penal entre las potestades y recursos de la Fiscalía y los que se asignan a la Defensoría Pública. Esto puede derivar en que sólo se condenen personas de escasos recursos que no pueden contar con defensa pronta y eficaz y la posible consolidación del que puede ser denominado como el fenómeno *“O.J. Simpson”*, en Chile que consiste en que existirá una persistente e injustificada desigualdad entre los que pueden contar con asistencia profesional de calidad y las personas comunes que no tienen dicha asistencia. Lo anterior puede implicar la virtual impunidad de los primeros y una segura condena para los segundos. Finalmente, el funcionamiento de las Corporaciones de Asistencia Judicial requiere de más estudio en cuanto al tipo de causas que atienden, en cuanto a la calidad de su trabajo profesional que aunque generalmente de buena calidad, siempre puede mejorarse. El estudio puede concentrarse en las áreas que quedan sin su cobertura.

Se ha avanzado y retrocedido en el tema de los derechos humanos en Chile. Se ha avanzado en juzgar a algunos responsables y condenar casos muy extremos. Adicionalmente, la Comisión Rettig, la Corporación Verdad y Reconciliación, la Mesa de Diálogo, los jueces con dedicación exclusiva y los Ministros en Visita designados para conocer estos casos son instancias que han logrado objetivos muy parciales. Se ha avanzado menos, por ejemplo, en el tema de la tortura que por cierto representa una amenaza muy grande a la tranquilidad pública futura. Ahora se ha entregado un informe de una Comisión de la Tortura que ha estudiado estos casos en profundidad. Hay que reconocer sin embargo, que se han impuesto ciertas prácticas positivas como las medidas de ayuda que tuvo a cargo la Corporación de Verdad y Reconciliación y la adopción de ciertas prácticas, como impedir el nombramiento o promoción de uniformados comprometidos en violaciones a los derechos humanos.

Sin embargo, en mi opinión la vía judicial es la más efectiva para resolver los problemas de derechos humanos y el avance en la vía judicial ha sido lento y fragmentario y a veces en estas cuestiones parece que hubiésemos retrocedido.

En definitiva, en lo que respecta a reformas de los derechos fundamentales, las propuestas más significativas debían ser las siguientes que a la fecha quedan pendientes:

- a) Modificación de la carga obligatoria de sufragar para aquellos ciudadanos inscritos, sobre lo que hay un principio de acuerdo entre la Alianza y la Concertación. Por cierto que permitir el sufragio de todos los ciudadanos habilitados e inscribirlos en los registros electorales de manera automática cuando cumplen los requisitos constitucionales es un avance en la ampliación de la democracia.
- b) Permitir el sufragio de los ciudadanos chilenos en el extranjero, de manera que en los consulados chilenos en el exterior puedan concurrir a votar para las votaciones populares de parlamentarios y Presidente. Este grupo de chilenos representa un grupo significativo de personas de manera tal que ha sido llamado la decimocuarta región de nuestro país. Sobre esta propuesta parece existir más objeciones que en relación con modificar la carga obligatoria de sufragar y de pensar un sistema de inscripción más expedito, quizá automático.

Sobre los demás derechos fundamentales, debemos recalcar la necesidad de su revisión sobre la forma en que han sido reconocidos en el texto constitucional, donde se ha impuesto una concepción muy particular de los mismos, que es "originalista", porque los concibe tal como "originalmente" los pensaron los comisionados por el gobierno militar, que por cierto muchas veces dijeron y pensaron ideas antidemocráticas, y aventuraron ideas contradictorias y confusas sobre los mismos. Es cada vez más necesario terminar con este originalismo constitucional sobre los derechos y para que esta forma de pensar la constitución pueda desarrollarse en plenitud es muy importante que el Senado recupere su conformación plenamente democrática.

Porque la dificultad en la reforma de los derechos fundamentales no sólo es política sino también jurídica, ya que desde 1990 a la fecha se ha asentado una jurisprudencia constitucional que ha hecho suya la estructura de los derechos fundamentales del texto constitucional vigente. Esta interpretación "originalista" de la constitución chilena que entiende la carta fundamental a partir de las opiniones de los comisionados por la dictadura militar, produce una dificultad muy grande en lograr progresos en materia de derechos fundamentales. Ante esta dificultad una propuesta es ciertamente trabajar en la crítica de la doctrina del "originalismo" constitucional y también analizar y revisar la jurisprudencia producida al amparo de estas doctrinas. También puede revisarse toda la concepción de los derechos fundamentales, en la medida que se analiza en el Congreso la lógica de la restricción o suspensión de dichos derechos en el contexto de democratizar todavía más los estados de excepción constitucional.

De hecho los avances producidos hasta ahora se han debido a la reinterpretación de los derechos fundamentales, situación que ha sido posible por su contraste con las convenciones internacionales sobre derechos humanos en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la Constitución. Por ejemplo, se ha producido una reinterpretación en el tema de la prisión por cheques sin fondos, que aunque todavía no se asienta totalmente, es importante. De la misma forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *La Última Tentación de Cristo* ha obligado a revisar el derecho a la libertad de expresión en Chile⁷. La revisión de las normas y principios constitucionales sobre derechos fundamentales debe también incluir una revisión pro democrática de las leyes orgánicas constitucionales. Este revisión puede quedar entregada al Senado que a partir de marzo del año 2006 queda constituido en plenitud como órgano democrático. Se trata de una tarea central en la recuperación del espíritu constitucional y un requisito fundamental para dar por terminada la transición a la democracia.

No es posible pensar que la transición se ha cerrado o completado y que en Chile vivimos un momento constitucional plenamente democrático. El poder del Presidente sigue siendo excesivo y ahora ha sido reforzado en su intervención en los regímenes de excepción constitucional que pueden significar la afectación de los derechos fundamentales de las personas. También es excesivo el poder presidencial en el control de las fuerzas armadas y del Consejo de Seguridad Nacional, que de haber sido concebidas como instituciones que expresaban un poder de seguridad o militar contrario al constitucionalismo, ahora refuerzan el poder neopresidencial autocrático de el jefe de Estado, del gobierno y la administración. El Consejo de Seguridad Nacional sigue siendo parte del texto constitucional y puede autodictarse sus reglamentos internos y opinar sobre cuestiones constitucionales, lo que resulta antidemocrático y contrario a los principios del constitucionalismo. Además, en la carta fundamental chilena todavía se mantiene un capítulo entero dedicado a las fuerzas armadas, lo que resulta una curiosidad entre los textos constitucionales. Las fuerzas armadas son en un gobierno constitucional parte de la administración del Estado y no merecen más extensión en el trato que deben dar las disposiciones constitucionales que un par de incisos generales. Por eso, el mantener el tratamiento de las fuerzas armadas en el capítulo XI es contrario a los principios constitucionales.

En el caso de Chile bastaría con que el inciso segundo del artículo 38 de la carta fundamental tuviese alguna referencia a las fuerzas armadas y sería suficiente con dejar todo lo demás a la regulación de su ley orgánica. Además, mantener en el texto de la constitución reformada en calidad de consultivo el capítulo XII relacionado con

⁷ Fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero de 2001 que en su considerando N° 97 establece que "(...) el Estado (chileno) debe modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película *La Última Tentación de Cristo*, ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción".

el Consejo de Seguridad Nacional parece también contrario a los principios del constitucionalismo. Las constituciones democráticas no incluyen órganos consultivos, sino que se busca que ellos sean representativos. Para los órganos consultivos bastan los reglamentos o las leyes en el caso que sean necesarios. Algo semejante puede decirse de las referencias a la doctrina de la seguridad nacional en la Constitución, y las referencias a la seguridad del Estado o términos análogos que también son contrarias a los principios del constitucionalismo. Estas referencias las encontramos por ejemplo, en el artículo 19 N° 11 en relación con el derecho a la educación, en el artículo 19 N° 15 inciso cuarto respecto del derecho de asociación y en relación con el artículo 19 N° 16 inciso cuarto y séptimo en lo relativo a la libertad de trabajo. También hay referencias a la seguridad nacional o a términos semejantes en el artículo 19 N° 21 sobre libre iniciativa económica, en el artículo 19 N° 24 inciso segundo sobre la función social del derecho de propiedad. Este conjunto de disposiciones que expresan la doctrina de la seguridad nacional que contradicen el constitucionalismo se completan con los deberes generales de respetar los emblemas, el deber fundamental de preservar la seguridad nacional, los valores esenciales de la tradición chilena y la obligación de conscripción obligatoria que consagra el artículo 22 de la constitución chilena y con las arcaicas barreras que se han establecido entre la actividad política y la gremial que se expresan en el artículo 23 de la Constitución. Y estas disposiciones es necesario también derogarlas para completar la transición.

Y si subsisten las dudas sobre el término de la transición basta mirar los artículos transitorios de la carta fundamental chilena que todavía suman veinte, para darse cuenta que el tránsito a la democracia plena y el gobierno constitucional todavía tiene importantes cuestiones pendientes. Una constitución que todavía tiene en vigencia veinte artículos transitorios no puede considerarse completo o cerrado su proceso de transición a la democracia.

II. Comentarios específicos sobre las reformas a los derechos fundamentales en Chile:

Para entender las reformas en materias de derechos fundamentales conviene pensar los derechos fundamentales aplicando la noción más integradora de bloque constitucional⁸. Esta noción se construye a partir de una visión democrática y liberal como una verdadera regla de reconocimiento. Esta regla nos debe servir para identificar el subsistema constitucional de los derechos fundamentales en Chile. De acuerdo con la noción más actualizada de bloque constitucional, se piensa en la existencia de un subsistema jurídico de los derechos fundamentales que se forma por las disposiciones constitucionales chilenas referidos a estos. Estas disposiciones se encuentran en varios capítulos de la carta fundamental y no necesariamente se reducen a la enumeración

⁸ Ruiz-Tagle, P. op. cit. (2001), pp. 179-199.

del artículo 19 del capítulo III de la Constitución chilena. Entre ellas podemos reconocer al menos las que se muestran en el siguiente cuadro que se refiere a la constitución chilena vigente:

Cuadro del bloque constitucional y subsistema jurídico de derechos fundamentales en Chile.

Capítulo Primero:	Bases de la Institucionalidad - Artículos 1, 5, 9.
Capítulo Segundo:	Nacionalidad y Ciudadanía - Artículos 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18.
Capítulo Tercero:	Derechos y Deberes Constitucionales - Artículos 19, 20, 21 y 22.
Capítulo Cuarto:	Gobierno - Artículos 38, 39, 40, 41, 42, 43 y 45.
Capítulo Quinto:	Congreso Nacional - Artículo 52 N°1 letra c).
Capítulo Sexto:	Poder Judicial - Artículo 76.
Capítulo Séptimo:	Ministerio Público - Artículo 83.
Capítulo Octavo:	Tribunal Constitucional – Artículo 93.
Capítulo Noveno:	Justicia Electoral - Artículo 95 y 96.
Capítulo Décimo:	Contraloría General de la República - Artículo 98.
Capítulo Decimoprimer:	Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad – Artículo 103.
Capítulo Decimotercero:	Banco Central – Artículo 109.
Capítulo Decimoquinto:	Reforma de la Constitución - Artículo 127.

Estas disposiciones constitucionales forman un bloque junto con las normas y principios sobre derechos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de San José o Convención Americana, la Convención contra la Tortura, los Convenios de Ginebra sobre trato de prisioneros y sobre Genocidio y la Convención contra las formas de Discriminación de la Mujer. Esta explicación del derecho positivo relevante de los derechos fundamentales debe considerar también su regulación y su aplicación judicial, parlamentaria y administrativa en el contexto del desarrollo jurisprudencial y dogmático que se inicia en 1990

en el gobierno constitucional en Chile. Si analizamos el contenido de las disposiciones constitucionales referidas a los derechos fundamentales encontramos que los verbos que con mayor frecuencia se refieren a ellos son, reconocer, garantizar, asegurar, proteger, promover, reivindicar, respetar, limitar, restringir, suspender, violar y sancionar. Se trata de una inmensa variedad de prohibiciones y mandatos que se manifiestan en las normas y principios constitucionales y que están dirigidos a todos los órganos del Estado y en muchos casos también a las personas privadas.

Teniendo presente entonces la idea de que las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales pueden encontrarse en capítulos muy diversos de la constitución y que no están limitadas al artículo 19 de nuestra carta fundamental, es que comento algunas disposiciones reformadas, entre ellas las siguientes:

En el capítulo I referido a las bases de la institucionalidad se sustituye el artículo 8° que estaba derogado a contar de la reforma de 1989 porque expresaba la idea de democracia protegida o el concepto de debate público restringido⁹ por el texto que se transcribe a continuación:

Artículo 8.º El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.”

Es dudoso a mi juicio que sea necesario consagrar a nivel constitucional el principio de probidad. Este tipo de disposiciones nos recuerdan la idea de mérito cívico del artículo 115 de la Constitución de 1823 o el artículo 249 y siguientes referidos a la moralidad nacional y las virtudes cívicas del Código Moral de Juan Egaña que acompañó la Constitución Moralista.

Pero en la parte menos controvertida de esta reforma que se refiere al nuevo artículo 8° en su regulación de la transparencia de los actos públicos, es importante decir que esta no afecta sólo a los actos de la administración, sino que también a las actuaciones del poder judicial y el Congreso. Esta disposición dice relación con el derecho fundamental de acceso a la información y debe entenderse vinculada con el artículo 19 N° 12 que establece la libertad de expresión y de información. Hay sin embargo varias disposiciones en pugna con la actual regulación en la materia. Sería conveniente estudiar si se produce la derogación orgánica de las disposiciones sobre reserva o secreto de los actos de la administración o de secreto en otras áreas vinculadas a las funciones públicas.

⁹ Ver Ruiz-Tagle, P. “Debate público restringido en Chile 1980-1988” en DERECHO, JUSTICIA Y LIBERTAD, Ediciones Fontanara, México, D.F. pp. 189-211 (2002).

Otra cuestión que queda pendiente es la relación que existe entre el antiguo artículo 8° y el nuevo. La idea de sustituir el antiguo artículo 8 que establecía las bases de la democracia protegida y del debate público restringido en Chile puede hacernos creer en el espejismo de que hemos superado los problemas de exclusión política constitucional en nuestro país. Pero esto está lejos de ocurrir porque subsiste en nuestra carta fundamental un potencial de exclusión en las disposiciones del artículo 19 N°15 inciso sexto y este potencial se actualiza por efecto del sistema binominal en las elecciones parlamentarias, produciendo como efecto irreversible la exclusión de los representantes de la así denominada izquierda extraparlamentaria. El antiguo artículo 8 subsiste así en forma real o potencial por otros medios. Por eso, el sustituir el antiguo artículo 8 por una disposición sobre transparencia y probidad resulta una curiosa paradoja constitucional, porque nos hace olvidar y torna invisible la exclusión y la discriminación ya existente.

Por su parte, en el capítulo II de la carta fundamental que se refiere a las normas sobre nacionalidad y ciudadanía se elimina la discriminación que se producía entre los chilenos nacidos en el exterior al servicio del Estado y los nacidos en el extranjero sin cumplir con este requisito, que antes no se consideraban como nacidos en el territorio de la república, lo que es un avance. El texto actual dispone:

Artículo 10. Son chilenos: “Los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero. Con todo, se requerirá que alguno de sus ascendientes en línea recta de primer o segundo grado, haya adquirido la nacionalidad chilena en virtud de lo establecido en los números 1°, 4° ó 5°”.

Sin embargo, en los artículos 13 y 14, respectivamente, se han mantenido los requisitos de avenciamiento por más de un año para los chilenos nacidos en el extranjero y de que hayan transcurrido cinco años respecto de los extranjeros nacionalizados, para que pueden ejercer sus derechos. Mantener estos requisitos genera una forma de ciudadanía fragmentada en Chile que es discriminatoria porque exige requisitos de forma no justificada para ejercer sus derechos a distintos grupos de chilenos y porque también afecta los extranjeros. Así se contradice la idea de igualdad en los derechos políticos que es propia de los ideales de ciudadanía que surge en la Revolución Francesa y en esta concepción estamental de la ciudadanía que existe en Chile no concuerdo. Por lo demás en el mismo capítulo II sobre nacionalidad y ciudadanía se ha mantenido el artículo 16 N°2 que suspende el derecho de sufragio a los acusados por delito terrorista lo que constituye una infracción a las obligaciones internacionales de Chile que prohíben aplicar penas a personas no condenadas. También se ha agregado una nueva redacción en el artículo 17 que profundiza estas diferencias entre los chilenos porque se ha dispuesto que:

“Artículo 17: La calidad de ciudadano se pierde:

3º Por condena por delitos que la ley califique como conducta terroristas y los relativos al tráfico de estupefacientes y que hubieren merecido, además, pena aflictiva.

Los que hubieren perdido la ciudadanía por la causal indicada en el número 2º., la recuperarán en conformidad a la ley, una vez extinguida su responsabilidad penal. Los que la hubieren perdido por las causales previstas en el número 3º. podrán solicitar su rehabilitación al Senado una vez cumplida la condena.”

Esta disposición agrega como causal para la pérdida de la ciudadanía la condena por delitos tipificados como tráfico de estupefacientes, que es un delito considerado de especial gravedad para el desenvolvimiento de la sociedad y de la democracia. A pesar de la gravedad de esta conducta siempre va a ser odiosa esta restricción y no parece justificada ya que constituye una violación de los principios del derecho penal liberal el que un delito que ya está sancionado criminalmente, sea objeto de sanción constitucional adicional, porque se viola el principio de no castigar dos veces por el mismo hecho.

Ahora bien, con respecto al capítulo III de la constitución que se refiere a los derechos y deberes constitucionales, es conveniente decir que este ha sido el capítulo menos reformado, por lo que quedan entre sus disposiciones temas muy trascendentes pendientes. Las reformas dicen relación con el artículo 19 en los numerales 3º inciso 4; 4º; 7º letra e); 16 inciso 2º; 20 inciso 2º. En materia de derechos fundamentales dentro del catálogo del Capítulo III la reforma constitucional ha sido mezquina. La reforma del artículo 19 n° 3 inc. 4º establece:

“Artículo 19 N°3:...Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.”

Esta reforma dice relación con la entrada en vigencia del nuevo proceso penal. Con la anterior versión de este artículo estaba en discusión desde cuándo operaba la garantía, pues señalaba en la misma disposición que el tribunal podía juzgar si había sido “(...) establecido con anterioridad por esta”. La nueva redacción aclara que debe estar establecido con anterioridad al hecho lo que confirma para estas materias los principios del derecho penal liberal garantista. La nueva disposición está en clara sintonía con los tratados internacionales, como por ejemplo el pacto de San José de Costa Rica. Queda pendiente establecer a nivel constitucional la presunción de inocencia a pesar que ésta forma parte del bloque constitucional chileno por integración de los tratados internacionales referidos a derechos fundamentales que rigen en Chile en virtud del artículo 5 de nuestra carta fundamental.

En el mismo capítulo III también se ha reformado el artículo 19 n° 4 que en su nueva redacción dispone:

“Artículo 19 N°4: La constitución asegura: ...El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.”

Ésta es quizá la reforma más sustancial en materia de derechos fundamentales y es de vital trascendencia para la libertad de expresión porque se elimina todo el inciso segundo que contenía la base constitucional de la difamación y porque se elimina la protección de la vida pública de las personas. Sin embargo, desgraciadamente al eliminar el inciso segundo también se eliminó la regulación constitucional de la responsabilidad de los medios en cuanto a la infracción de la protección de la vida privada lo que no parece un avance. El ejercicio de la libertad de expresión debe quedar también entregado al principio de responsabilidad. La disposición decía anteriormente:

“La infracción de este precepto, cometida a través de un medio de comunicación social, y que consistiere en la imputación de un hecho o acto falso, o que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia, será constitutiva de delito y tendrá la sanción que determine la ley. Con todo, el medio de comunicación social podrá excepcionarse probando ante el tribunal correspondiente la verdad de la imputación, a menos que ella constituya por sí misma el delito de injuria a particulares. Además, los propietarios, editores, directores y administradores del medio de comunicación social respectivo serán solidariamente responsables de las indemnizaciones que procedan”.

Es la última parte de este precepto la que creo que habría sido positivo de preservar, esto es que se hubiese dejado la disposición que dice: *“...los propietarios, editores, directores y administradores del medio de comunicación social respectivo serán solidariamente responsables de las indemnizaciones que procedan*. Esta cuestión de la responsabilidad de los medios está tratada en la nueva ley de prensa y es posible que sea suficiente con mantener el principio de responsabilidad de los medios a nivel legal, sin necesidad de establecer su consagración a nivel constitucional. Eso está por verse.

Otra reforma en el capítulo III se refiere al artículo 19 n° 7 letras e) y f) que recoge la realidad de la reforma procesal penal y su orientación a la operatividad de la libertad provisional en el marco del nuevo proceso penal, puesto que el nuevo proceso no contempla la etapa del “sumario”, a la que antes se refería esta disposición que ahora señala:

“e) La libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla. La apelación de la resolución que se pronuncie sobre la libertad del imputado por los delitos a que se refiere el Artículo 9º, será conocida por el tribunal superior que corresponda, integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que la apruebe u otorgue requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad, el imputado quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple.”

Algo semejante puede decirse de la reforma en la letra f) del artículo 19 N°7 donde también se ha reformado, agregando las palabras “imputado o acusado” que corres-

ponde a las etapas del nuevo proceso penal. Es importante destacar que respecto a la acción constitucional de indemnización por error judicial la reforma también está al debe, porque se ha mantenido la expresión antigua que exige el “*sometimiento a proceso*”.

Y entre las normas reformadas una novedad cuyo alcance es difícil determinar, a pesar de ser expresión de una aspiración muy sentida de los colegios profesionales en cuanto a recuperar sus potestades, ha sido la reforma referida al artículo 19 n° 16, párrafo 4º, que ha dispuesto:

“Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley.”

Esta reforma nos plantea algunas dudas ¿Era necesario consagrar constitucionalmente los colegios profesionales en la Constitución? ¿Qué ocurre con los procedimientos que se señalan respecto de los profesionales no colegiados? ¿Se instaurarán estos tribunales especiales a la vista de lo que dispone el artículo vigésimo transitorio de la Constitución? Es importante, de todas maneras, reponer la regulación ética de las profesiones liberales debido al desproporcionado aumento de las mismas y de los reclamos de los ciudadanos en contra del desempeño ético de los profesionales, por ejemplo el colegio de Abogados.

Finalmente, en cuanto a las reformas efectuadas en el capítulo III se debe comentar la nueva redacción del artículo 20 inciso 2º que afecta la garantía del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y que se ha expresado del modo siguiente:

“Artículo 20:....Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°. 8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.”

Esta reforma es muy importante a la luz de cómo se ha comportado la jurisprudencia de nuestros tribunales en el ámbito de la protección de la garantía de vivir en un medioambiente libre de contaminación, porque ahora será más difícil usar la causal copulativa para rechazar las acciones de protección. Resulta más fácil en términos de procedimiento acreditar una circunstancia que cumplir con dos que tienen un carácter copulativo. Será necesario en todo caso observar con mucha atención la jurisprudencia a fin de analizar si la reforma significa un avance o un retroceso en la materia.

Pero como he explicado que el bloque constitucional de los derechos fundamentales no se agota con las disposiciones del artículo 19, es necesario también considerar las reformas efectuadas al capítulo IV sobre Gobierno, que por una defectuosa técnica constitucional contiene las normas sobre estados de excepción constitucional, y en

los nuevos artículos 39 al 45 regula los procedimientos para decretarlos. En términos generales, la reforma de los estados de excepción constitucional me parece que ha mejorado sustancialmente una situación que de por sí es difícil de justificar, como son los estados de excepción.

La reforma ha venido a confirmar que estas situaciones extraordinarias no significan una forma de gobierno distinta de la que existe en situaciones de “normalidad”, debido a que ahora es el Congreso el órgano que participa en su decreto. Las principales modificaciones se pueden resumir en dar mayor participación del Congreso, establecer una menor restricción de los derechos fundamentales, dejar el detalle de su regulación a la Ley Orgánica respectiva y establecer explícitamente y en un artículo completo el rol de los tribunales de justicia en los estados de excepción (antes era un numeral). En general, la actual regulación de los estados de excepción está más en sintonía con los principios del constitucionalismo democrático.

Incluso más, en el capítulo de Gobierno también se ha introducido una nueva disposición que tendrá mucha importancia en la protección futura de los derechos fundamentales y que es el nuevo artículo 52 c), que dispone:

“Artículo 52: Son atribuciones de la Cámara de Diputados: ...c) Crear comisiones especiales investigadoras a petición de a lo menos dos quintos de los diputados en ejercicio, con el objeto de reunir informaciones relativas a determinados actos del Gobierno.

Las comisiones investigadoras, a petición de un tercio de sus miembros, podrán despachar citaciones y solicitar antecedentes. Los Ministros de Estado, los demás funcionarios de la Administración y el personal de las empresas del Estado o de aquéllas en que éste tenga participación mayoritaria, que sean citados por estas comisiones, estarán obligados a comparecer y a suministrar los antecedentes y las informaciones que se les soliciten.

No obstante, los Ministros de Estado no podrán ser citados más de tres veces a una misma comisión investigadora, sin previo acuerdo de la mayoría absoluta de sus miembros.

La ley orgánica constitucional del Congreso Nacional regulará el funcionamiento y las atribuciones de las comisiones investigadoras y la forma de proteger los derechos de las personas citadas o mencionadas en ellas.”

Esta disposición, particularmente en su inciso final, consagra una garantía adicional a los derechos fundamentales al establecer un mandato de protección de los derechos de las personas frente a las comisiones investigadoras. La actividad del Congreso se ha vuelto vital para el desenvolvimiento de la democracia. Por lo mismo, al asumir el nuevo rol que se ha reconocido a los parlamentarios, surge para ellos como contrapartida la obligación de resguardar los derechos fundamentales de las personas. Esta

norma es consecuencia del progresivo aumento de poder del Congreso respecto del ejecutivo.

III. Recapitulación y algunas conclusiones:

Las Reformas Constitucionales son un gran avance para la consolidación de la democracia en nuestro país. Es necesario señalar que estas reformas constitucionales no son el fin de la transición. Constituyen un perfeccionamiento democrático el aumento de las facultades fiscalizadoras del Congreso y la modificación de las facultades que estaban radicadas en el Consejo de Seguridad Nacional. Pero aún quedan enclaves autoritarios en el texto constitucional, como son las referencias a la seguridad nacional, las disposiciones transitorias y los capítulos de los militares y del Consejo de Seguridad Nacional. También constituye un rasgo autocrático de nuestra constitución el excesivo poder del Presidente, que en verdad es una forma de neopresidencialismo autoritario.

Otra materia que es necesario revisar es que se mantiene el énfasis en el aspecto de libre elección de los derechos fundamentales, los estados de excepción restringen en demasía los derechos y las acciones constitucionales que sirven para garantizarlos requieren de reforma para ser más accesibles a las personas comunes. También es necesario reformar la constitución en lo referente a los derechos sociales, dar reconocimiento a los derechos de los pueblos indígenas y reformar las restricciones excesivas referentes a las normas sobre nacionalidad y ciudadanía. Por eso, todavía se percibe una ausencia de reformas muy necesarias en los capítulos I, II y III. Es indispensable también una reforma al artículo 19 n° 15 de la Constitución y el sistema de sanciones que impone porque implica preservar un sistema de exclusión política. Todo esto también en el contexto de la necesaria reforma del sistema electoral binominal que subsidia la segunda mayoría. Se hace necesaria también una revisión de la hiper regulación del derecho de propiedad, a partir del fenómeno de la convertibilidad constitucional que obliga a la simulación en la argumentación constitucional de los derechos sociales y económicos de educación, salud y trabajo entre otros. Resulta indispensable revisar también el rol del Estado en materia económica, a partir de la experiencia del artículo 19 n° 21. Es necesario también eliminar de la Constitución la conscripción militar obligatoria y las referencias al respeto a los emblemas nacionales y el establecimiento de deberes constitucionales exorbitantes y anacrónicos que corresponden a un periodo pre-constitucional.

En resumen la reforma constitucional del año 2005 generó un nuevo momento constitucional. Se ha elaborado un texto refundido y se ha suscrito la nueva carta fundamental dejando atrás las firmas de Augusto Pinochet y sus ministros. Sin embargo, el poder simbólico de dicho momento no alcanza para cerrar la transición. Es que son muchas y muy significativas las cuestiones pendientes. Por eso, el nuevo texto refundido será un primer antecedente de una nueva constitución. El segundo consiste en asentar un nuevo liderazgo pro democrático en el Congreso y en el Tribunal Consti-

tucional. Es que ahora, más libre de ataduras autoritarias, será posible desarrollar nuevas prácticas pro democráticas. Ahora sí podremos aspirar a la nueva Constitución del Bicentenario que no debe ser la Constitución de Augusto Pinochet ni tampoco la de Ricardo Lagos. Ahora podemos aspirar a una Constitución que represente a todos los chilenos.