

## **EL SEGUNDO PISO DE LA MONEDA, EL PATO VOLADOR, EL PATO COJO, Y LOS DESAFIOS DE LA CONSTITUCIÓN GATOPARDO\***

Pablo Ruiz-Tagle Vial

La Fundación Chile XXI ha propuesto realizar un estudio sobre el cambio Constitucional en Chile que contenga propuestas para una carta fundamental democrática. El objeto de este estudio será exponer algunas de las condiciones jurídicas y políticas que se estima son necesarias para la creación de una nueva carta fundamental. En esta perspectiva el estudio intentará proponer un cambio de Constitución que contemple las necesidades de legitimidad, estabilidad y mantención del régimen democrático. Las fórmulas de cambio constitucional contemplan el escenario jurídico pertinente para que una nueva Constitución sea posible.

Desde esta perspectiva el estudio se inicia con tres reflexiones sobre el contexto político actual, que se refieren al poder mediático del Presidente de la República por la existencia del segundo piso de la Moneda, la discusión sobre la mantención de dicho poder y el efecto “pato cojo” o “pato volador” y el problema de la Constitución “Gatopardo” por la resistencia de sus rasgos autoritarios.

El estudio continúa con una reflexión sobre la necesidad de tener una nueva constitución en Chile<sup>1</sup>, tanto en cuanto a la forma de concebir los derechos fundamentales, como en cuanto a sus órganos.

### **1. El nuevo contexto político creado por el segundo piso de la Moneda.**

Una de las innovaciones más importantes del gobierno de Presidente Lagos ha sido la constitución del grupo de asesores del segundo piso de la Moneda. La función principal de este grupo es cuidar la imagen de la persona del Presidente en los medios de comunicación.<sup>2</sup> Estos asesores han sido muy exitosos y constituyen una novedad que no tiene precedente en los gobiernos chilenos desde que se recuperó la democracia en 1990. Tampoco existió algo semejante antes en nuestra historia republicana. Se trata de la institucionalización de lo que se ha dado en llamar “gobernar por titulares”, que consiste en usar los medios como principal herramienta de afectación de las conductas ciudadanas.<sup>3</sup> Ni Patricio Aylwin, ni Eduardo Frei tuvieron en su gobierno un grupo de asesores semejante.<sup>4</sup> El resultado de las funciones de este grupo es que el Presidente Lagos ha tenido en estos últimos años niveles de popularidad en las encuestas de opinión pública que son muy altos y que llegan a superar el cincuenta por ciento. Estos resultados han llegado a exceder todos los índices de popularidad anteriores de los

---

\* El autor de este trabajo es profesor de Introducción al Derecho y Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Master y Doctor en Derecho de la Universidad de Yale.

<sup>1</sup>En este sentido se comparte la propuesta del 2 de octubre de 2004 del ex Presidente Eduardo Frei porque sea por la vía de la reforma gradual o por la combinación de estas con el plebiscito de reforma constitucional, se trata de hacer posible de modo urgente que Chile tenga una nueva constitución plenamente democrática y que sea legitimada con todos los sectores de la sociedad.

<sup>2</sup>La función de este grupo se relaciona con la popularidad de la persona del Presidente y en eso consiste su innovación. Por eso se distingue del vocero oficial del gobierno, en este caso de las funciones del actual Ministro Francisco Vidal que defiende en los medios al gobierno como un todo. También se distingue de las funciones del Ministro del Interior que dirige el gabinete y el gobierno como un todo y las vocerías de los partidos y la Concertación. Su función también se distingue de los medios adictos al gobierno porque usa de ellos, como también observa el modo de beneficiarse en sus objetivos de los medios de oposición.

<sup>3</sup>El término “gobierno por titular” deriva del inglés “governing by headlines” que fue usado para criticar la atención a los medios que presta como herramienta de gobierno el primer Ministro Tony Blair.

<sup>4</sup>En el gobierno de Patricio Aylwin, Eugenio Tironi y Enrique Correa y en el de Eduardo Frei, José Joaquín Brunner y Pablo Halpern asumieron la idea que la mejor política comunicacional era la ausencia o la minimización de tal política y con ello se entregó mucho terreno en esta materia a la derecha. Ahora pueden haber sufrido cambios las posiciones de estas personas con el éxito observado por el grupo del segundo piso.

presidentes de la Concertación. También superan el porcentaje de votación que el propio Ricardo Lagos obtuvo en las urnas.<sup>5</sup>

Frente a la constatación de la eficiencia de los asesores conocido como el grupo del segundo piso de la Moneda, el propio Presidente Lagos puede llegar a creer que su principal, sino su único poder, es de carácter mediático. Así parece desprenderse de algunas de sus intervenciones, cuando se define a sí mismo como Presidente “pedagogo” o de sus afirmaciones en círculos más privados, como lo ha hecho saber a personas que lo han consultado sobre su gobierno.<sup>6</sup> Esta forma de concebir la presidencia de la República resulta paradójica, porque la verdad es que si uno revisa la imperfecta constitución chilena, puede comprobar que el poder del Presidente es enorme. El poder presidencial es tan grande en sus atribuciones que bien parece verdadera acromegalia política. De hecho si pensamos el caso chileno como una autocracia, los rasgos constitucionales de “cesaro-bonapartismo” presidencial o “neo presidencialismo” constitucional coinciden con la famosa tipología de Loewenstein.<sup>7</sup>

Es que quizá de tanto ir del cántaro al agua y del éxito de este proceso de pensar la política como un ejercicio comunicacional, se termina convenciendo que el efecto en los medios es lo principal, sino lo único de la vida pública. Y esta idea que por cierto resulta equivocado ha dejado importantes cuestiones pendientes y otras que se resuelven de modo insatisfactorio.<sup>8</sup> De hecho el gobierno en cuanto a la popularidad alcanzada por la figura del Presidente Lagos, es un gobierno diferente a la profundidad u originalidad de los logros que efectivamente se han alcanzado. Por eso, sin ánimo de minimizar lo logrado por el Presidente Lagos, en mi opinión podemos definirlo como un gobierno de administración. Se trata de una administración responsable en cuanto al manejo de la economía en tiempos de crisis. Se trata de una administración que ha seguido con la continuidad en la política de los acuerdos, la apertura al mundo, los TLCs, las reformas laborales, la ley de divorcio y los tribunales de familia, la reforma de la salud, la reforma procesal penal, el mayor ambiente de libertad y apoyo en lo cultural, las sustanciales mejoras en infraestructura y obras públicas etc. En fin, se han continuado o profundizado las políticas ya iniciadas por sus predecesores. En este contexto, me parece que el programa más original y exitoso del Presidente Lagos ha sido Chile Solidario y el intento de erradicar campamentos al término de su gobierno. Este programa ha servido de manera muy efectiva para ayudar a personas de escasos recursos. Sin embargo, la escala de ese programa es todavía muy reducida y su tiempo de implementación muy reciente. Por eso no puede exhibirse como un logro sustancial y masivo. Y por supuesto en esta evaluación parcial y personal, puede haber más de una iniciativa de gobierno que no he mencionado o que he omitido por desconocimiento mío.

Sin perjuicio de lo anterior y tomando en cuenta la popularidad de la persona del Presidente, surgen dudas sobre como capitalizar este volátil prestigio y convertirlo en logros sustanciales de carácter político. Quizá por eso, el Presidente Lagos ha tomado una medida importante al asumir protagonismo en la campaña de las elecciones municipales, pidiendo votos para su gobierno. Incluso ha adelantado la campaña presidencial al liberar a Michelle Bachelet y Soledad Alvear para que cooperen directamente en la campaña. El resultado de estas medidas llegará en pocos días.

## **2. El carácter inevitable del efecto pato cojo y el peligro de ser pato volador.**

El efecto “pato cojo” que sufren todos los Presidentes al final de su mandato, se produce cuando ya no se pueden reelegir y pierden su poder y comienzan a ser

---

<sup>5</sup>Ver resultados en encuestas CEP, CERC, ADIMARK y otras.

<sup>6</sup>Al menos conozco dos personas que así dicen haberlo escuchado en forma directa del Presidente Lagos.

<sup>7</sup>Este tema lo desarrollo más adelante en este trabajo.

<sup>8</sup>El caso de la propuesta de Oscar Godoy al Directorio de TVN y su abrupto retiro es un muestra de como lo mediático supera la convicción presidencial. El Directorio constituido en definitiva para TVN tiene problemas serios de representatividad democrática que sólo se explica por la primacía del “governar por titular.”

“ninguneados” por todos los actores políticos.<sup>9</sup> Ahora bien, como este efecto de “pato cojo” es conocido, todos los presidentes han tratado de evitarlo pero la verdad es que en este esfuerzo no han tenido resultados positivos. Como parte de este esfuerzo de querer tapar el sol con un dedo, Eugenio Tironi en una columna ha dicho que el presidente Lagos, puede transformarse en un “pato volador”, si al final de su gobierno usa su capital político y hace que su imagen vuele quizá a un nivel de popularidad todavía más alto.<sup>10</sup> La propuesta de Tironi buscaría con estas medidas que el Presidente Lagos evite el efecto “pato cojo”. Sin embargo, la expresión “pato volador” que ha propuesto Tiróni parece, poco feliz porque recuerda la posibilidad que dicho vuelo termine en una estrepitosa caída, lo que en el caso de un “pato cojo” puede resultar mucho más grave. Además la expresión “pato volador” evoca la recurrente influencia política de la figura de don (pato) Patricio Aylwin, que a pesar que varias veces ha anunciado su retiro, sigue “volando”, a través de Soledad Alvear y por cierto del mismo Tironi y su grupo de asesores. El propio Tironi en su esfuerzo por tener influencia sobre políticos “voladores”, convenció a Patricio Aylwin que declarara la transición terminada mucho antes de tiempo y luego, también convenció al Presidente Lagos que hiciera igual acto prematuro.

La verdad es que en cuanto a la transición a la democracia en Chile seguimos mas o menos donde mismo.

Y por eso me planteó la posibilidad de la caída del “pato volador”, porque incluso para el caso que el Presidente Lagos sea exitoso en lograr un buen resultado en las elecciones municipales, el efecto “pato cojo”, es a mi juicio ineludible. Es que pienso que los candidatos apoyados por el presidente Lagos una vez elegidos y a medida que se acerque marzo del año 2006 busquen distancia de quién ayudó a elegirlos.

Algo parecido me imagino que puede suceder con los parlamentarios, para el caso que sean elegidos e incluso con los ex ministros que en caso de asumir la Presidencia, trataran de asentar su poder tomando distancia del Presidente Lagos que a esas alturas sufrirá inexorablemente a mi juicio del efecto “pato cojo”.<sup>11</sup> Es que no es posible librarse de dicho efecto, por más que se trate de hacerlo. Incluso más, la sola idea de querer ser “pato volador” y poder reelegir al Presidente Lagos para un segundo mandato después del próximo gobierno, resulta una ilusión muy remota, atendidos el cambio de los tiempos en política.

Es posible que esta idea haya sido la que tuvo en mente Ricardo Lagos Weber en sus declaraciones al Diario La Tercera en su edición del día domingo algunas semanas atrás. En ellas Lagos Weber dijo que no estaba en el programa de la Concertación elegir un candidato de sus filas. Y agregó que en el caso del gobierno del Presidente Lagos, bastaba con que se termine su gobierno para lograr algo sustantivo, porque al terminar el gobierno, la izquierda chilena podría demostrar que puede dar gobernabilidad a Chile.

No quiero desmerecer estas afirmaciones totalmente porque tienen un grado de verdad, pero me parece que debemos someterlas a la crítica en la parte que no son totalmente acertadas. Es que me parece que si no se elige un candidato de la Concertación como Presidente y si como anuncio de lo mismo, las elecciones municipales y parlamentarias no dan resultados buenos al gobierno, se corre el riesgo de destruir y desmembrar la Concertación que es la principal invención política de los últimos treinta años.

En ese caso, el cargo que se le haría al Presidente Lagos sería, que erró por cuidar su imagen personal y no dio vida y fuerza la Concertación hasta que esta llego a destruirse durante su mandato y por su responsabilidad. Este cargo por cierto puede derivar en un fenómeno que llegue incluso a afectar la gobernabilidad del país. El Presidente Lagos con sus asesores del segundo piso y sumados a ellos, los partidarios del “pato volador”, habrían cometido el error histórico

---

<sup>9</sup>El término proviene de la política norteamericana y corresponde a la expresión “lame duck” que se aplica al Presidente al final de su segundo periodo de cuatro años, cuando ya no se puede reelegir y su pérdida de poder hace parecer su figura tan indefensa, lastimosa y ridícula como puede parecernos un pato que sufre de cojera.

<sup>10</sup>Ver columna reciente de Eugenio Tironi EL PATO VOLADOR en Diario El Mercurio.

<sup>11</sup>Esta ley de tratar de afirmar como propio el poder que es prestado es difícil de modificar. Es precisamente a mi juicio lo que ha pasado con el Presidente Eduardo Frei que por más que ayudó a elegir al Presidente Lagos, con más dureza e injusticia fue criticado desde el gobierno y se lo atacó con especial encono, porque se lo percibía erróneamente por algunos como un “pato cojo” que jamás podría cambiar ese status, lo que por cierto está por verse.

imperdonable de permitir el término de la Concertación. Se trataría en este caso de una cuenta política difícil de saldar. Una cuenta que volvería a penar sobre la izquierda chilena, como lo fue en su momento el golpe de estado de 1973 que todavía enturbia la memoria del Presidente Salvador Allende.

La cuestión principal entonces desde mi punto de vista, es como se invierte el capital político del Presidente y su popularidad. A este respecto debe reconocerse como inevitable que el Presidente se verá afectado por el fenómeno del “pato cojo”. Y esta idea supone reconocer en primer lugar, que la tesis del “pato volador” es equivocada. Para usar una paráfrasis que ilustre el punto yo diría que el “pato volador”, será en el mejor de los casos un “pato cojo” que se eleva en popularidad por un rato y que luego inexorablemente cae al peor de los “ninguneos” político. Y siguiendo con la paráfrasis, una caída desde el segundo piso de la Moneda puede llegar a ser mortal, si en el camino se destruye la Concertación.

La propuesta también contempla como planteamiento secundario a aceptación de la idea que la popularidad del Presidente Lagos debe gastarse de manera racional y planificada, antes que sucumba al efecto ineludible del “pato cojo”. El planteamiento que aquí se hace, consiste en encontrar una buena causa para gastar dicha popularidad. Y mi respuesta es clara. La idea que aquí se propone es que no existe en Chile mejor causa para gastar la popularidad del Presidente Lagos que asumir la iniciativa de proponer y acordar una nueva Constitución para Chile y eso es lo que analizaremos en los párrafos que siguen.

### **3. Los desafíos que presenta la Constitución Gatopardo.**

El principal problema que tenemos es que la Constitución chilena puede ser caracterizada como una "constitución gatopardo".<sup>12</sup> 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 plebiscito 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 18 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 toda su vigencia.

Porque debemos reconocer que Chile a pesar de haber recuperado su democracia tiene diversos problemas. Este trabajo se concentra en los cambios que requiere la Constitución chilena y se entrega la racionalidad que a nuestro juicio debe guiar dichos cambios desde una perspectiva que se define como de convicción democrática y liberal. Por eso, además se ha pensado el procedimiento de abordar las reformas que requiere pensar en primer término ciertas cuestiones que se perciben como previas.

#### **3.1.- PRIMERA CUESTION PREVIA: Análisis de las propuestas de Asamblea Constituyente, Reforma o Interpretación Constitucional.**

La primera cuestión previa a las propuestas para cambiar la “Constitución Gatopardo”, es una cuestión que tiene a mi juicio tres respuestas alternativas. La primera es la convocatoria a una Asamblea Constituyente, la segunda es la reforma constitucional gradual sin convocar a una Asamblea en los poderes

---

<sup>12</sup>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 que, 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, ¡que se yo! en la antigüedad en cuanto a la presencia en algún lugar, o su pretendido mejor conocimiento de cualquier presunto texto sagrado.”

democráticos constituidos y la tercera es la interpretación de la constitución para que por la vía de una nueva concepción de la misma se llegue a producir una mutación de su contenido. La Asamblea Constituyente es una posibilidad que encierra grandes riesgos por las mayorías electorales actuales que pueden conformar un órgano que ejerza el poder constituyente que legitime la autocracia en Chile. Además la Asamblea Constituyente supone tener la seguridad de encontrar un proyecto constitucional compartido en Chile por todos los sectores chilenos. 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 ejemplo, la UDI en los partidos de derecha). Por eso, no se ve como puede ser construido el proyecto democrático que requiere como base la Asamblea Constituyente. Yo considero viable una combinación de la segunda y tercera alternativa 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 Huneeus en su famosa obra LA CONSTITUCION ANTE EL CONGRESO muestra como un texto de origen autocrático puede 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 democrático y eso todavía no está presente en la Constitución actual. En el siglo XIX y XX ese órgano fue el Senado que hoy desgraciadamente tiene la incrustación autoritaria de los senadores designados y vitalicios.

Por eso es tan urgente la reforma constitucional del Senado para encontrar un locus plenamente democrático desde donde puede surgir una concepción constitucional que responde 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 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. Este sistema de control es fundamental para asegurar los derechos de las personas de manera igualitaria y ejercer el control de los gobernantes. Finalmente, el excesivo poder Presidencial es también un obstáculo a la democracia porque 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 del derecho.

### **3.2.- SEGUNDA CUESTION PREVIA: Análisis del mecanismo de inscripción voluntaria y del voto obligatorio como forma de asegurar y re encantar a la ciudadanía con la democracia representativa.**

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. El sufragio en el Chile de hoy sólo es relevante en la elección presidencial. A este respecto es bueno también recordar que la Constitución fue diseñada para que Pinochet fuese Presidente y en eso, no se ha cambiado mucho el carácter autocrático de la misma.

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. Un sistema ideal 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, y de acuerdo al artículo 14 de la carta fundamental incluir a los extranjeros con más de 5 años de permanencia en Chile y 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 porque hay que reconocer que es una hipótesis de trabajo y no puede considerarse como algo probado. Por su parte, la apatía o desafección de los ciudadanos con el sistema político se puede revertir parcialmente con un reforzamiento de los partidos políticos que supone como se planteó en el punto anterior reforzar la democracia interna de los mismos. También se puede disminuir la apatía para votar facilitando el ejercicio del derecho de sufragio haciendo que este sea automático para todos los que cumplan la edad de elector y además con una campaña promocional que invita a los más jóvenes a sufragar y participar en la democracia. Además no es raro que tengamos apatía si el resultado de las elecciones con el sistema binominal perverso que existe en la actualidad en Chile, significa que las cambiar nada. Porque hay un empate permanente en los cargos parlamentarios entre las dos primeras mayorías excluyendo de representación a todas las demás. Aumentar la participación también implica invertir en educación cívica para que todos los ciudadanos entiendan como funciona el sistema y como se puede cambiar.

### **3.3.- TERCERA CUESTION PREVIA: Evaluación de la percepción ciudadana creciente de desigualdad ante la ley.**

La pregunta por la desigualdad es fundamental en Chile porque 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 No3 y esto constituye un aporte. Sin embargo la excepción hecha en ese mismo numeral de la Constitución vigente que señala respecto del derecho a defensa jurídica 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 llego a abusar el Fiscal Torres y descuentos por planilla para defensa judicial entre los uniformados que conspiran con la igualdad ante la Ley. Se constituyó así por mandato constitucional un sistema estamental de defensa jurídica de 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, lo que 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 asimetría entre los que pueden contar con asistencia profesional de calidad y aquellas personas comunes lo que puede implicar la virtual impunidad de los primeros y la segura condena de 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 bueno, siempre puede mejorarse y respecto de las áreas que quedan sin su cobertura.

### **3.4 CUARTA CUESTION PREVIA: Análisis de las soluciones intentadas al tema de los Derechos Humanos.**

En el tema de los derechos humanos se ha avanzado y retrocedido. Se ha avanzado en juzgar a algunos responsables y condenar casos muy extremos. 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.

Así se ha avanzado muy poco, por ejemplo en el tema de la tortura que por cierto representa una amenaza muy grande a la tranquilidad pública futura. Ahora se anuncia la entrega de un informe de una Comisión de la Tortura que ha estudiado estos casos en profundidad. 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 es lento y fragmentario. Hay que reconocer sin embargo que se han impuesto ciertas prácticas positivas como medidas de ayuda administrativa que tuvo a cargo la Corporación de Verdad y Reconciliación y la adopción de prácticas como impedir el nombramiento o promoción de uniformados comprometidos en violaciones a los derechos humanos.

#### **4.- Los desafíos de la Constitución Gatopardo.**

Es que quizá como ya se ha explicado en otro trabajo<sup>13</sup>, la dictadura militar que se inicia en 1973 transfirió de modo inalienable el poder de crear y cambiar la Constitución Política de la República, a la Junta de Gobierno, en circunstancias que de acuerdo al principio de soberanía popular el poder constituyente debe radicarse en el pueblo lo que todavía no ha sido verdaderamente posible.<sup>14</sup> Como resultado de esta transferencia, la constitución chilena en sus dos partes principales puede ser descrita del modo siguiente:

- A) La nueva concepción dogmática ideológica y la reformulación de los derechos: La estructura y el contenido de los derechos fundamentales se organiza 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 preponderante 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 libertad<sup>15</sup>; en tanto que los derechos económicos y sociales, como

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> CRISTI, R., *El Pensamiento Político de Jaime Guzmán*. Lom Ediciones, Santiago (2000).

<sup>15</sup> 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 (...)”.

la salud, la educación y el trabajo se reformulan enfatizando en ellos el aspecto de libre elección<sup>16</sup>.

B) 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 pueden 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 supone por ejemplo, en el caso del Senado, la adopción de más de un tercio de senadores designados y vitalicios. Algo semejante ocurre en el Tribunal Constitucional en cuanto a la generación de algunos de sus miembros que son nombrados por el Consejo de Seguridad Nacional.

De lo anterior se concluye que el ejercicio de imaginarse cambios constitucionales tiene la mayor importancia para Chile. 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.

## **5.- La reforma de los derechos fundamentales.**

En lo que respecta a reformas de los derechos fundamentales, no existen propuestas significativas, salvo las que se indican:

- 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 décimo cuarta 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 que 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" por lo que se trata de un ejercicio del todo necesario una vez 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 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

---

<sup>16</sup> 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).

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 los estados de excepción constitucional. De hecho los avances producidos hasta ahora se han debido a la re interpretación 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 re interpretación 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 Chile<sup>17</sup>.

## 6.- La reforma orgánica y el problema del neo presidencialismo.

Las reformas de la parte orgánica de la Constitución Política tienen gran relevancia para los efectos de reconstruir la democracia representativa en Chile, e particular, la revisión del sistema de justicia o control constitucional. El sistema actual tiene muchos órganos constitucionales que intervienen en dicho control de manera desorganizada, entre los que destaca el Tribunal Constitucional. Dicho Tribunal debe legitimarse como la última forma de control constitucional a la que las demás instancias de control, que están radicadas en la Contraloría General de la República, la Corte Suprema y el Tribunal Electoral, deben acudir como última instancia decisoria.

La modificación planteada en el párrafo anterior requiere en primer término, que se cumpla el supuesto de aumentar la legitimidad democrática del Tribunal Constitucional<sup>18</sup>. Si se logra democratizar el Senado y ordenar el sistema de justicia constitucional dándole legitimidad en su designación y este órgano de control constitucional, se compromete en una revisión de sus propios fallos para cooperar en la construcción de la democracia, se puede fácilmente iniciar el proceso de revisión de las leyes orgánicas que puede estar perfectamente concluido al menos de manera parcial al año 2015.

Entre las propuestas que están en tramitación a este respecto, está que se forme el Tribunal Constitucional por nueve miembros con tres miembros elegidos por cada poder del Estado. También se requiere que el poder del Tribunal sea contrapesado con la posibilidad de acusar constitucionalmente a sus miembros, de acuerdo al principio que todo poder en una república debe tener como contrapartida la responsabilidad consiguiente. Además de esta ordenación es muy importante que el propio Tribunal, una vez legitimado, se inaugure con una nueva jurisprudencia constitucional que tenga como punto muy relevante una concepción acerca de los cambios en su propia jurisprudencia, es decir una teoría del precedente constitucional que se construya sobre la base de principios democráticos constitucionales. Así se puede, por ejemplo, modificar de manera razonable el fallo dictado en materia del Estatuto de Roma<sup>19</sup> que parece fundado en una tesis extrema de soberanía nacional que no parece compatible con la democracia representativa contemporánea fundada en el principio de soberanía popular.

Una vez recuperada la legitimidad democrática del Senado y por consiguiente del Congreso, y también del Tribunal Constitucional, sería necesario revisar cada una de las leyes orgánicas que en muchas materias constituyen verdaderas leyes de amarre. Por ejemplo, la revisión de la Ley N°18.948 Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas puede significar asignar un rol más compatible con la democracia a los uniformados, la revisión de la Ley N°18.700

<sup>17</sup> 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”.

<sup>18</sup> El art. 81 de la Constitución señala: “Habrá un Tribunal Constitucional integrado por siete miembros, designados de la siguiente forma:

- a) Tres ministros de la Corte Suprema, elegidos por ésta, por mayoría absoluta, en votaciones sucesivas y secretas;
- b) Un abogado designado por el Presidente de la República;
- c) Dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional;
- d) Un abogado elegido por el Senado, por mayoría absoluta de los senadores en ejercicio”.

<sup>19</sup> Fallo del Tribunal Constitucional rol N°346 de 8 de abril de 2002 declaró inconstitucional la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional por estimar que involucraría una transferencia de la soberanía nacional.

Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios y de la Ley Nº18.556 Orgánica Constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral que define con la Constitución el sistema electoral, pudiendo hacer relevantes las elecciones parlamentarias y no concebirlas como empates que subsidian la segunda mayoría y excluyen toda representación y participación de las demás minorías. En educación, municipalidades, en la administración pública y en muchas otras materias esta revisión pro-democrática puede servir para reformular totalmente la cara autoritaria del sistema jurídico chileno. Si se logra democratizar el Senado y ordenar el sistema de justicia constitucional dándole legitimidad en su designación, y se compromete en una revisión de sus propios fallos para cooperar en la construcción de la democracia, se puede fácilmente iniciar el proceso de revisión de las leyes orgánicas que puede estar perfectamente concluido, al menos de manera parcial para el bicentenario.%%%

Algo semejante puede decirse respecto del capítulo de las Fuerzas Armadas y el del Consejo de Seguridad Nacional. La verdad es que desde el punto de los principios democráticos no se ve ninguna necesidad de mantener estos capítulos en la Constitución<sup>20</sup>. Las Constituciones democráticas no contemplan órganos consultivos ni asesores entre sus disposiciones. Por eso, respecto del Consejo de Seguridad Nacional no cabe otra medida si se quiere garantizar la subordinación del poder militar a los civiles que es un fundamento indispensable de la democracia que se elimine. Sin embargo, en verdadera componenda, varios parlamentarios de la Alianza y Designados han propuesto dejarlo en la constitución con carácter consultivo. Pero a este respecto se reitera la idea que las constituciones democráticas no tienen órganos consultivos o asesores, y además se plantea que para ese propósito basta con el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma.

Y con respecto al capítulo de las Fuerzas Armadas, también se puede proponer su eliminación para terminar sobre todo con el rol privilegiado de garantes de la institucionalidad o de la constitución que la Fuerzas Armadas se auto impusieron. Este rol de garantes es incompatible con la democracia representativa. La regulación de las Fuerzas Armadas en la Constitución no amerita entonces más que un inciso adicional en el artículo 38 de su texto que está referida a la Administración Pública de la cual los uniformados son parte<sup>21</sup>.

Sobre la reforma del Congreso chileno vale la pena considerar como primer dato el que según las encuestas del CEP (Diciembre 2002), los senadores, diputados y dirigentes políticos sólo le dan confianza a un 2% de la población. Las instituciones peor evaluadas, por su parte, corresponden al Congreso Nacional (con solo un 16% de evaluaciones positivas) y los Partidos Políticos (con 9%). La situación se agrava si se analiza el pésimo *performance* de muchas democracias latinoamericanas en los últimos años (v.gr. Venezuela, Perú, Brasil, Argentina, Paraguay), realidades todas a las cuales Chile no está inmune y en las que el desprestigio de la política y sus instituciones ha sido el paso previo a las crisis actuales.

Ante esta realidad vale la pena recordar las ideas de Karl Loewenstein en la que nos propone que existen básicamente dos formas de organización de los regímenes políticos.<sup>22</sup> Los primeros los agrupa bajo la denominación de autocracia, porque de modo característico concentran el poder en unas pocas personas que no está sujeto a control, y no reconocen el principio de soberanía popular. Entre los regímenes autocráticos Loewenstein incluye las monarquías absolutas y los sistemas que denomina "neopresidencialistas" o "bonapartistas" que se distinguen de los primeros en que no se fundan en el principio de autoridad hereditario que es propio de las monarquías absolutas y en que tienen la fachada de órganos que parecen reconocer el principio de soberanía popular. Sin embargo como explica Loewenstein estos regímenes neopresidencialistas o bonapartistas en realidad concentran el poder en pocas manos y simulan la lógica democrática para beneficiarse del prestigio asociado a la misma.

<sup>20</sup> Capítulos X (artículos 90 al 94) y XI (artículos 95 y 96) de la Constitución, respectivamente.

<sup>21</sup> Así lo establece expresamente la Ley Nº18.575 Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, que en su artículo 1º inciso 2º señala "La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las *Fuerzas Armadas* y las *Fuerzas de Orden y Seguridad Pública* (las cursivas son del autor), las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley".

<sup>22</sup> LOEWENSTEIN, Karl, Teoría DE LA CONSTITUCIÓN, Editorial Ariel, Barcelona p.88-145 (1983)

La segunda clase de regímenes Loewenstein los llama democráticos, y en ellos el poder está distribuido entre varios órganos sujetos a control, y se reconoce el principio de soberanía popular. Entre los regímenes democráticos Loewenstein distingue regímenes de democracia directa o de asamblea, regímenes presidenciales, distintos tipos de regímenes parlamentarios según si en ellos predomina el gabinete u otro órgano constitucional y los regímenes políticos que adoptan una forma semi-parlamentaria. También dedica un tratamiento separado para explicar la forma política directorial que es propio de Suiza. Como vemos se trata de un número limitado de regímenes políticos democráticos que están disponibles, lo que no sucede con las formas jurídicas que pueden adoptarse en cada uno de ellos que ciertamente en sus variaciones alcanzan modalidades mucho más diversas.<sup>23</sup> Loewenstein señala que se puede pasar fácilmente de un gobierno a otro, y que por la sola constitución no se asegura un gobierno democrático

En el caso de Chile no existe una tradición doctrinaria clara que de sustento a la forma del presidencialismo de nuestra forma de gobierno. Sin embargo, desde la Constitución de 1828, se puede afirmar que en la historia chilena se ha asentado el presidencialismo. Se ha dado también la situación de pasar por “mutación constitucional” de un régimen presidencialista con caracteres de cesarismo, establecido por la Constitución de 1833, a una forma de gobierno casi parlamentaria a finales del siglo XIX y principios del XX, utilizando el mismo régimen jurídico de la Constitución de 1833. Algunos han llamado este periodo parlamentario que tuvo Chile un régimen de asamblea.<sup>24</sup> Este paso de un régimen cesarista presidencial a uno parlamentario se produjo debido, principalmente, a la influencia del pensamiento de constitucionalistas tales como Jorge Huneeus, y la práctica política.<sup>25</sup> Se pasó de un régimen a otro sin cambiar el texto de la Constitución.

Posteriormente, bajo la Constitución de 1925, tampoco se observa una opción doctrinaria del todo clara y nítida que implique una definición fundada hacia un sistema presidencialista, aunque en la práctica política se consolidó el régimen presidencial, principalmente por el crecimiento del aparato estatal administrativo. Actualmente, bajo el alero de la nueva Constitución chilena, y alentada esencialmente por las reformas del año 1989, observamos un fuerte acento presidencialista, que tiende hacia un neopresidencialismo lo cual no hace sino confirmar la ausencia de una opción constitucional nítida desde el punto de vista dogmático, donde los principios de toda democracia, tales como, representatividad, división de funciones y control en el ejercicio del poder, son desconocidos. Entre los principales problemas que la constitución chilena presenta, desde un punto de vista orgánico, ocupa un lugar principal el excesivo poder del Presidente en materia legislativa. También son importantes la falta de representación democrática en el Congreso que se produce por las perversiones del sistema mayoritario binominal y los senadores designados y vitalicios, la inestable subordinación del poder militar al poder civil y la falta de organización de los diversos órganos que ejercen el control constitucional (Corte Suprema de Justicia, Tribunal Constitucional, Contraloría General de la República y Tribunales Electorales).

## **7.- Atribuciones del Presidente de la República en la Constitución actual**

Las atribuciones generales del Presidente de la República son: a) como jefe de Estado representar a este frente a la comunidad internacional; b) como jefe de Gobierno el diseño de políticas y c) como jefe de la administración la ejecución de sus políticas. Veamos el detalle de estas atribuciones:

### **7.1 Atribuciones legislativas:**

Las atribuciones especiales del Presidente en materia legislativa son amplísimas. En primer término el Presidente es colegislador, cuenta, al igual que

<sup>23</sup> Ver DAMASKA. Midan, LAS CARAS DE LA JUSTICIA ANALISIS COMPARADO DEL PROCESO LEGAL p9,32,54 y 84, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (2000).

<sup>24</sup> BARROS, Enrique ¿Qué Presidencialismo? p.92 en SQUELLÁ, Agustín y SUNKEL, Osvaldo DEMOCRATIZAR LA DEMOCRACIA: REFORMAS PENDIENTES Centro de Análisis de Políticas Públicas, Universidad de Chile, Santiago (2000)

<sup>25</sup> HUNNEUS, Jorge, OBRAS DE DON JORGE HUNNEUS, TOMO I-III Imprenta Cervantes, Santiago (1890)

en la Constitución de 1925 (art. 45), con iniciativa exclusiva para que ciertas materias sean discutidas en el congreso (art.62), interviene en la tramitación de la ley en el Congreso controlando las prioridades y velocidad con que deberán tramitarse los proyectos de ley (art.71) (art 46. C25). También participa formulando observaciones o vetando el proyecto ya aprobado por el Congreso (art.70) (art 53 C25). Finalmente, el Presidente aprueba y promulga la ley aprobada por las Cámaras (art.69) (art 52 C25). Además participa activamente en las reformas constitucionales (art.116y 117), lo que no sucedía así en la Constitución de 1925, en la cual solo podía proponer modificaciones o correcciones a las reformas acordadas por el Congreso Pleno (art. 109 C25)..

En segundo lugar, el Presidente dentro de sus atribuciones legislativas puede convocar al Congreso a legislatura extraordinaria, caso en el cual el Congreso deberá ocuparse de los asuntos legislativos y de los tratados internacionales que aquel incluyere en la convocatoria.<sup>26</sup>

En tercer lugar, el Congreso puede delegar al Presidente sus propias atribuciones en materias propias de ley que pueden ser reguladas por el Presidente a través de decretos con fuerza de ley.

## **7.2 Atribuciones políticas:**

Adicionalmente, el Presidente tiene atribuciones especiales en materias políticas, tales como convocar a plebiscito en los caso de desacuerdo con la Cámara en la aprobación de un proyecto de reforma constitucional. Esta atribución es una innovación de la constitución actual. Según lo establecido en el artículo 109 de la Constitución de 1925, si el presidente formula observaciones, y dos tercios de los miembros presentes de las dos cámaras las desecharen total o parcialmente, el presidente podrá o promulgar el proyecto o consultar a la Nación, dentro de 30 días, sobre los puntos en desacuerdo, por medio de un plebiscito.

Otra de sus atribuciones es designar a dos miembros del Senado, facultad que no encontramos en ninguna Constitución anterior.

Finalmente, el Presidente tiene la atribución de declarar los estados de excepción constitucional. La constitución de 1833 sólo permitía al presidente declarar estado de sitio, la de 1925 agrega la posibilidad de declarar también el estado de asamblea.

## **7.3 Atribuciones administrativas y atribuciones especiales:**

En cuanto a sus atribuciones en materia administrativa el Presidente cuenta con la potestad reglamentaria de ejecución y, a diferencia de las Constituciones anteriores, la potestad reglamentaria autónoma, que en la actual constitución constituye la regla de clausura del ordenamiento jurídico. En la constitución del 33 y en la del 25 por la preeminencia del poder legislativo, era la ley quien constituía la regla de clausura.

En las otras disposiciones que definen las atribuciones administrativas se ve el amplio campo de disposición con que cuenta el Presidente para nombrar a sus colaboradores. En las dos constituciones anteriores ala actual, además de nombrar funcionarios civiles podía, con acuerdo del Senado, nombrar variados cargos militares.El Presidente tiene una gran responsabilidad económica, porque esta a cargo de toda la administración financiera. El presidente puede en situaciones extraordinarias, que no son solo los estados de emergencia, decretar pagos no autorizados por la ley, innovación no presente anteriormente.

En materia judicial, al igual que las dos constituciones anteriores, el presidente cuenta con una importante potestad, cual es el otorgar indultos particulares. Esto tiene como antecedente la potestad que tenían los monarcas absolutos de personar por encima de la ley a condenados.

En materia militar, el presidente tiene que cumplir con una serie de requisitos para nombrar y remover a los Comandantes en Jefe del Ejército , de la Armada, de la Fuerza Aérea y al General Director de Carabineros, no puede nombrarlos para un nuevo periodo y no puede por su sola voluntad llamarlos a retiro . Debido a estas disposiciones entre otras es que en Chile no está todavía

---

<sup>26</sup> En la Constitución de 1925 también puede convocar a sesiones extraordinarias.

asegurado el carácter subordinado del poder militar al civil, aunque en las reformas que se han acordado en octubre de 2004, se ha avanzado parcialmente en esta materia.

Porque es evidente que la Constitución actual en su origen pretendió devaluar al Congreso Nacional como contrapeso efectivo del presidencialismo. Al ser relegado a un segundo plano, el Congreso pierde relevancia como lugar de debate y deliberación, transformándose, la mayor parte de las veces, en un mero buzón de las iniciativas del ejecutivo. Se entiende entonces que sus miembros sean despreciados por la ciudadanía al no comprenderse ni apreciarse la insustituible función que están llamados a cumplir en un sistema democrático fuerte y sano. Se hace urgente, por tanto, dotar al Congreso de mayores facultades políticas a costa de muchas de las cuales actualmente goza el Presidente. Para ello existen, en nuestra opinión, tres vías de acción:

**1. Realizar cambios en las prácticas y usos que se vayan arraigando en las elites y que propendan a un mayor equilibrio institucional:** Una de ellas sería que el Presidente delegara la jefatura de Gobierno en algún ministro de su confianza, encargándole la conformación del resto del gabinete así como las líneas de acción gubernamentales. Esto permitiría al Presidente concentrarse en los asuntos de Estado (relaciones exteriores, defensa, planificación de largo plazo) y asumir, eventualmente, un rol de árbitro en la política aprovechando su arraigo popular. El Jefe de Gabinete, en cambio, se concentraría en la desgastante política del “día a día”, con metas y objetivos de corto plazo. Es importante señalar a este respecto que nuestra Constitución Política actual autoriza en su artículo 33 inciso 3º al Presidente de la República para nombrar un ministro coordinador de la labor de gobierno<sup>27</sup>, concepto muy cercano al de un Primer Ministro o jefe de gobierno. Sin embargo, y desde 1990 a la fecha, esta atribución no ha sido utilizada nunca. Sería muy útil que algún Presidente hiciera uso de esta facultad en el futuro.

En cuanto a la viabilidad de una acción de esta naturaleza, quisiera hacer presente que la existencia de un ministro *primus inter pares* es algo bastante reiterado en la tradición política chilena, incluso durante los períodos en que nuestro régimen ha sido claramente presidencialista, esto es, entre 1833 y 1871 y entre 1932 y 1973. Así, si nos remontamos a nuestro origen republicano advertimos que, en los hechos, no operaba un gobierno unipersonal del Presidente de la República, sino que existía un rol preponderante para el ministro que hacía las veces de Jefe de Gabinete. Este fue el caso de Diego Portales bajo el gobierno de José Joaquín Prieto, Manuel Montt bajo el gobierno de Manuel Bulnes, Antonio Varas bajo el Gobierno de Manuel Montt y Manuel A. Tocornal bajo el gobierno de José Joaquín Pérez, todos los cuales ejercieron durante el período “presidencialista” de la Constitución de 1833. Durante la vigencia de la Constitución de 1925, igualmente presidencialista, los Presidentes también solieron apoyarse de manera especial en un ministro al que le confiaban la organización del gabinete y la dirección política del mismo. Lo mismo ocurrió, incluso, durante la dictadura militar, cuando se sucedieron como jefes de gabinete los ministros De Castro, Fernández, Jarpa, Cuadra, nuevamente Fernández y Cáceres. En resumen, volver a esta sana práctica no significaría una innovación tan alejada de la práctica política chilena y, por lo mismo, es altamente viable.

**2.- Realizar modificaciones puntuales a la regulación institucional a fin de equilibrar a los poderes ejecutivo y legislativo, pero sin alterar nuestro régimen político:**

Estas modificaciones tendrían por objeto dotar al Congreso de más y mejores herramientas en el proceso legislativo, entre las que se destacan:

a) Modificación del artículo 71 de la Constitución que le otorga competencia exclusiva al Presidente de la República para fijar las urgencias legislativas. Al respecto debiera establecerse un sistema de calificación mixta que otorgue una participación tanto al Ejecutivo como al Legislativo.

---

<sup>27</sup> La disposición constitucional señala: “El Presidente de la República podrá encomendar a uno o más Ministros la coordinación de la labor que corresponde a los Secretarios de Estado y las relaciones del Gobierno con el Congreso Nacional”.

b) Eliminación de los mensajes presidenciales exigiendo en cambio que todo proyecto legislativo que pretenda impulsar el Gobierno deba ser patrocinado necesariamente por un número determinado de parlamentarios. Esta fórmula, existente en constituciones presidencialistas como la Norteamericana, obligaría al Gobierno a hacer partícipes de la etapa pre legislativa al Congreso. En subsidio, proponemos limitar sustancialmente las materias de iniciativa exclusiva del Presidente, modificando el artículo 62 de la Constitución. Complementando lo anterior, parece necesario en todo caso dotar al Congreso de recursos técnicos y humanos equivalentes a los que dispone el Ejecutivo para sus departamentos de estudios legislativos, lo cual tiene la ventaja de que no requiere reforma constitucional y, por lo mismo, es bastante fácil de implementar.

c) Suavizar la facultad de veto del Presidente de la República, bajando el quórum de insistencia por parte del Congreso de los dos tercios a la mayoría absoluta de sus miembros. Ello requeriría reformar el artículo 70 de la Constitución<sup>28</sup>.

d) Finalmente, una cuarta reforma afectaría al artículo 48 de la Constitución y consistiría en establecer la facultad de la Cámara de Diputados para interpelar a los Ministros de Estado. Ello dotaría al Congreso de una poderosa herramienta de fiscalización sobre el Ejecutivo, forzando a éste a mantener una relación más fluida con el Parlamento a fin de evitar la medida de interpelación.

De las cuatro medidas mencionadas, me parece que la última, esto la incorporación de la interpelación es la más viable y de hecho se ha anunciado su inclusión en el paquete de reformas que se ha acordado en octubre de 2004. De hecho, es la única que se encuentra en actual tramitación en el Congreso Nacional y que incluso fue recogida en su momento por la actual administración del Presidente Lagos.

**3. Modificar sustancialmente el régimen político estatuido en nuestra Constitución, adoptando transitoriamente uno de corte semi presidencial:** Un régimen semi presidencial transitorio supondría básicamente separar las funciones de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, delegando la primera en un Presidente de la República elegido popularmente y la segunda en un Primer Ministro de confianza tanto de la Cámara de Diputados como del Presidente. Este último, simbolizaría y representaría la unidad de la nación y estaría llamado a moderar y arbitrar la aplicación del régimen político, ejerciendo las facultades que la Constitución le otorgara. Sería, además, el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas. Se elegiría por mayoría absoluta de los sufragios válidamente emitidos, ya sea en primera o segunda vuelta y su mandato duraría seis años sin posibilidad de ser reelecto. Entre sus funciones estaría la de nombrar al Primer Ministro previa consulta con los diferentes partidos representados en la Cámara de Diputados, removerlo del cargo, convocar al Consejo de Ministros y disolver la Cámara de Diputados para resolver un conflicto grave de ésta con el gobierno.

Así los asuntos del Gobierno y la Administración superior del Estado quedarían encomendados al Primer Ministro y los Ministros de Estado, en la medida de que no sean de la competencia del Presidente de la República. El Primer Ministro y los demás Ministros constituirían el Gobierno del Estado, bajo la dirección del primero. Estos últimos serían nombrados por el Presidente a propuesta y con acuerdo del Primer Ministro, el cual, sería políticamente responsable tanto ante el Presidente como ante la Cámara de Diputados. Los Ministros, por su parte, sólo serían responsables políticamente en el ámbito de sus competencias ante el Primer Ministro, quien podría removerlos libremente de sus cargos.

Para lograr el equilibrio de poderes, este Primer Ministro podría ser destituido por parte de la Cámara de Diputados mediante un voto de censura

---

<sup>28</sup> El artículo 70 de la Constitución establece: "Si el Presidente de la República desaprueba al proyecto, lo devolverá a la Cámara de su origen con las observaciones convenientes, dentro del término de treinta días.

En ningún caso se admitirán las observaciones que no tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto, a menos que hubieran sido consideradas en el mensaje respectivo.

Si las dos cámaras aprobaren las observaciones, el proyecto tendrá fuerza de ley y se devolverá al Presidente para su promulgación.

Si las dos Cámaras desecharen todas o algunas de las observaciones e insistieren por los dos tercios de sus miembros presentes en la totalidad o parte del proyecto aprobado por ellas, se devolverá al Presidente para su promulgación".

constructivo como el que existe en los regímenes español y alemán. Ello supone incluir un programa de gobierno y la propuesta de un candidato a Primer Ministro para reemplazar al que se encuentre en funciones. Para su aprobación, se requeriría de la mayoría absoluta de los diputados en ejercicio. El Presidente de la República nombraría como Primer Ministro al candidato presentado en la moción de censura, el cual se entendería investido de la confianza de la Cámara de Diputados. De esta forma se evitaría una excesiva rotativa ministerial dotando al sistema de mayor estabilidad.

Como contrapartida, la Cámara de Diputados podría ser disuelta por el Presidente de la República, previa propuesta del Primer Ministro y deliberación del Consejo de Ministros, todo lo cual también tiende a evitar arbitrariedades en el uso de esta facultad. Un Régimen semi presidencial como el propuesto requiere del establecimiento de un Congreso unicameral, o bien, mantener un bicameralismo pero asimétrico en favor de la Cámara de Diputados, la cual tendría siempre la voz final en la tramitación de todo proyecto de ley y en la orientación del Gobierno. Para el Senado se reservaría la revisión no vinculante de los acuerdos de la Cámara y su aprobación a las designaciones de altos funcionarios a propuesta del Presidente.

Por la magnitud de la reforma propuesta, el introducir el semi presidencialismo parece la menos viable. Esto porque una modificación de nuestro régimen político tendría enormes implicancias en la distribución del poder, lo cual haría muy difícil que los dirigentes lo analicen con una perspectiva de Estado. Ello es válido tanto para quienes actualmente se encuentran en el poder ejecutivo, como para quienes creen tener la primera opción de alcanzarlo en el futuro.

## **CONCLUSIONES**

Bajo el supuesto de la conveniencia de la reforma gradual y sostenida de la carta fundamental y considerando la proposición de algunas reformas que ya están siendo tramitadas en el Congreso Nacional, y con el propósito de tener lo antes posible una nueva constitución política en Chile se plantea como prioritario:

- 1.- El contexto político actual dan gran poder “mediático” al Presidente de la República por la existencia del segundo piso de la Moneda y el éxito que ha tenido este grupo asesor. Sin embargo se recomienda reconsiderar el intento de mantener dicho poder ante el carácter inevitable del efecto “pato cojo” y el carácter ilusorio de la tesis de “pato volador”. Ante esta realidad y el desafío que presenta el problema de la Constitución “Gatopardo” por la resistencia de sus rasgos autoritarios, se recomienda usar el poder y la popularidad presidencial en un ambicioso programa de reformas constitucionales, que consideren eventualmente la realización de plebiscitos por estas materias que lleven a Chile a tener una nueva carta fundamental.
2. La recuperación del carácter plenamente democrático del Senado, eliminando senadores designados y vitalicios, permite recién en el año 2004 que éste órgano constitucional vuelva a ser el lugar de la gran negociación constitucional, tal como lo fue en la Constitución de 1833 y 1925.
3. También se propone a nivel de órganos constitucionales, ordenar el sistema de justicia o control constitucional, constituyendo al Tribunal Constitucional como la última instancia de control constitucional; eliminar el Consejo de Seguridad Nacional y todos los privilegios de las Fuerzas Armadas y las referencias a la doctrina de seguridad nacional en la Constitución.
4. Considerando el desequilibrio manifiesto de atribuciones que nuestro sistema establece a favor del Presidente de la República en desmedro del Congreso Nacional, se propone la atenuación de éste neo presidencialismo autoritario, en primer término, a través de cambios en las prácticas que apunten a un mayor equilibrio institucional como por ejemplo que el Presidente de la República delegara la jefatura de Gobierno en algún ministro de su confianza, también se contempla la modificación de algunas disposiciones de la Constitución que tiendan a otorgar al Congreso de más y mejores herramientas en el proceso legislativo, concluyendo con la proposición de modificar el régimen político consagrado en la

Constitución, adoptando un régimen semi presidencial transitorio. Es muy importante además revisar el sistema de distribución de potestades públicas centrales, regionales y locales, las que deben ser objeto de un estudio separado.

5. En lo que respecta a los derechos fundamentales se propone ampliar el derecho a sufragio para que su ejercicio sea voluntario, se facilite la inscripción, puedan votar los chilenos en el extranjero y junto con la reforma electoral se transforme en un catalizador de participación y compromiso con el sistema. Asimismo se propone como forma de revisar su contenido y aplicación, seguir el esfuerzo de conciliación que demanda su confrontación con las convenciones internacionales de derechos humanos en virtud del artículo 5 de la Constitución, la revisión de los estados de excepción constitucional y un fuerte impulso pro democrático en el Congreso con el objeto de desarrollar una nueva concepción de los derechos fundamentales que se aleje del "originalismo" de la Comisión "Ortuzar" y que tenga un pedigree democrático.&