

Las Bases de la Institucionalidad del Estado

Christian Viera Álvarez

1. Descripción normativa

En la Constitución vigente, el capítulo I se titula «Bases de la Institucionalidad del Estado» y en él se concentran las definiciones políticas e ideológicas que fundan la República de Chile. Se trata de nueve disposiciones descritas con un alto nivel de generalidad y abstracción, que constituyen la puerta de entrada a la Constitución y son parte del apartado dogmático de la Carta Fundamental.

Inaugura el capítulo la declaración de igual libertad y dignidad de todas las personas, junto con una valoración de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, el reconocimiento de los grupos intermedios, rol servicial del Estado (el Estado está al servicio de la persona) y deberes del Estado (artículo 1). Continúa el artículo 2 señalando los emblemas nacionales, a los cuales se debe respeto (artículo 22) y el artículo 3 desarrolla la forma del Estado chileno, que es unitario y con un fortalecimiento de los procesos de descentralización y desconcentración.

El artículo 4 señala el tipo de gobierno, que es una República democrática, y el artículo 5 profundiza esta idea al señalar que la soberanía radica esencialmente en la Nación, poder que se ejerce de manera representativa (inciso primero). Al mismo tiempo, el inciso segundo establece los límites al ejercicio de la soberanía, entre los que destaca el respeto a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, la ley y los tratados internacionales.

Los artículos 6 y 7 se ha considerado que configuran el Estado de Derecho, reconociendo la supremacía de la Constitución, el principio de legalidad, la independencia entre los diferentes órganos del Estado, la investidura regular y límites competenciales, junto con consagrar la de nulidad de derecho público.

A su vez, el artículo 8, cuyo contenido original constituía un profundo límite al desarrollo del pluralismo político y la libertad de expresión, por lo mismo derogado en la reforma de 1989, revive, consagrando esta vez los principios de publicidad y probidad en el ejercicio de las funciones públicas.

Finalmente, el artículo 9 señala que el terrorismo, en cualquiera de sus formas, es contrario a los derechos humanos (inciso primero), por lo mismo, los incisos siguientes se esfuerzan por especificar en qué se traduce esta condena.

Dos cosas previas.

La primera, a nivel de fundamentos político-ideológicos de la Constitución, estos no se agotan en el capítulo I. También podemos encontrar en otras disposiciones, v.g., el desarrollo de derechos fundamentales, o en la parte orgánica, tratándose de las atribuciones de diferentes órganos del Estado, quienes en sus atribuciones y funcionamiento responden a un determinado paradigma (qué decir el presidencialismo reforzado chileno).

La segunda, cada una de las bases de la institucionalidad puede ser objeto de un análisis minucioso, por lo que es necesario acotar el comentario. Aventurada resulta la siguiente propuesta, pues solo me detendré en los siguientes temas: la familia (artículo 1), la democracia (artículo 4) y los límites al ejercicio de la soberanía (artículo 5). Insisto, se trata de una apuesta arriesgada, ya que cada uno de los tópicos cuenta con abundante literatura; no obstante, dada la estructura de este esfuerzo colectivo, lo que pretendo es conectar la norma constitucional con sus condicionamientos y límites que se verifican en la práctica.

2. La familia como núcleo fundamental de la sociedad

Señala la Constitución que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Además de esta referencia, existen otras dispersas a lo largo de la Carta, como el hecho de que la Constitución debe propender a su fortalecimiento, o el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos. Con todo, la pregunta que surge es qué debemos entender por familia, dado que se trata de un concepto abierto condicionado por la cultura y la historia.

Si bien las Actas de la Comisión de Estudios no deben ser consideradas para una interpretación del contenido de la Constitución, tanto por su falta de legitimidad como por la falta de pluralismo político de sus integrantes, es necesario acudir a ellas para comprender la visión

canónica que hasta hace muy poco era predominante en la doctrina y en la implementación operativa de esos postulados. Por lo mismo, se puede señalar que para la visión tradicional (o conservadora), la familia descansa en el matrimonio. Y si esto es así, los argumentos que defienden esta relación apelan a concepciones antropológicas que tienen a la naturaleza humana como su principal referente. Sin embargo, qué es la naturaleza, quién nos dicta tan altos postulados que nos permitan discernir y descubrir los valores que emanan de esa concepción, son preguntas difíciles de responder que requieren un análisis detenido y no un puro argumento de autoridad.

De lo anterior resulta que esta interpretación de la familia supone un rechazo a las tendencias sociológicas contemporáneas, tolerantes e inclusivas, en que la principal dificultad que presenta la propuesta conservadora es que resulta excluyente con otras visiones acerca de la familia.

Con todo, no podemos negar la importancia que tiene la familia en la conformación de un cuerpo social. Pero como se ha insinuado, el concepto de familia se ha ampliado y en esa amplificación mucho tiene que ver la opción de modelos familiares que surgen al alero de los hechos (mujeres solas con sus hijos), nuevos modelos familiares (construir un núcleo basado en los afectos que no tiene al matrimonio como referente) o la unión de parejas del mismo sexo. Por ejemplo, el siguiente cuadro puede explicar la realidad familiar en el Chile de hoy:

Distribución de los hogares por tipo de hogar, Chile		
Tipo de hogar	Censo 1992	Censo 2002
Nuclear monoparental sin hijos (Unipersonal)	8,5	11,6
Nuclear monoparental con hijos	8,6	9,7
Nuclear biparental con hijos	41,6	38,1
Nuclear biparental sin hijos	7,5	9,3
Extensa biparental	16,5	14,9
Extensa monoparental	7,1	7,0
Familia compuesta	4,3	3,2
Hogar sin núcleo	5,9	6,3
Total	100,0	100,0

Además, y siguiendo con datos, en Chile la tasa de nupcialidad (cada mil habitantes) ha disminuido. Ha pasado de 6,6 en 1992 a 3,3 en 2008; también ha disminuido el promedio de número de hijos por mujer (1,92 en 2009). Asimismo, aumenta el número de hijos nacido fuera del matrimonio: en 1996 las mujeres que fueron madres por primera vez y que no estaban casadas era el 55%; en 2004, 72,7% (Herrera-Teitelboim 2010, 121-122). Estos datos explican una mutación en las estructuras de convivencia familiar, las que no descansan en el matrimonio.

A la luz de lo considerado originalmente en la Constitución, difícil será aceptar esta mutación sociológica. Por esta razón surgen inquietudes: ¿el matrimonio para el Estado es el definido por el art. 102 del Código Civil? ¿Si familia y matrimonio se encuentran asociados, podemos calificar como familia, desde la perspectiva de la Constitución, a otras situaciones que se han ido configurando en la sociedad? ¿Debe seguir siendo interpretada la Constitución a la luz de la propuesta tradicional?

Sobre la primera pregunta, la respuesta es sí, no obstante la relativización de la indisolubilidad por la acción de divorcio legal. Sin embargo, no es el matrimonio lo que causa dificultades a la hora de interpretar la norma, sino la estrecha relación que se estableció entre matrimonio y familia, en circunstancias que esa posición es una entre tantas que tienen en su base un conjunto de creencias que la sustenta.

Sobre la segunda pregunta, las agrupaciones humanas unidas en base a vínculos afectivos y no formalizadas en matrimonio, desde la perspectiva histórico-constitucional no constituirían familia, sin perjuicio de la protección de hecho que, en ocasiones, al legislador le merezca.

Sobre la tercera, se puede postular que la interpretación de familia como núcleo de la sociedad debe ampliar la mirada a las diferentes realidades que se dan en la actualidad, por lo que la figura de núcleo familiar restringido a hombre-mujer-matrimonio debe dar paso a miradas amplias. La familia matrimonial es una de esas realidades, pero no la única. Y este es el problema, ya que la propuesta conservadora ha tenido una fuerte incidencia en la realidad y se ha reflejado en el lento proceso de actualización de los diferentes tipos de familia con las normas chilenas. Ejemplos de contrafacticidad normativa en este punto son la filiación o el divorcio como causal de disolución del vínculo.

Tratándose del primero, la filiación, recordemos que hasta antes de la nueva ley existía una clasificación de los hijos dependiendo de su relación con el matrimonio. Así, teníamos a los hijos legítimos, que eran los frutos del matrimonio de sus padres (que eran legítimos-legítimos o legitimados por el matrimonio posterior); los hijos naturales, de padre

o madre que no se encontraban casados y los habían reconocido, y los hijos ilegítimos, que no eran reconocidos por padre y madre. Esta distinción tenía efectos, entre otros, desde la perspectiva del derecho sucesorio, ya que a un hijo natural no le correspondían los mismos derechos que a un hijo legítimo.

Esta discriminación (diferenciación) fue corregida por la Ley 19.585, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales, dado que iguala el estatuto de los diferentes hijos, independiente de su nacimiento al amparo del matrimonio. No obstante, aún persiste una distinción entre hijos de filiación matrimonial y no matrimonial, lo que desde la perspectiva de los efectos es irrelevante, pero que genera una diferencia que no se puede entender sino como un gesto a los opositores a esta medida igualitaria.

Por supuesto, se trató de una ley que fue resistida por los sectores tradicionales, ya que suponía un «atentado» a la figura del matrimonio, pilar fundamental de la familia y la sociedad: ¡cómo va a ser posible que todos los hijos sean iguales con indiferencia del matrimonio! Para muestra, un par de ejemplos tomados de la discusión en el Congreso. En primer lugar, el diputado de la UDI Carlos Bombal señaló que «una correcta exégesis de nuestra Carta Fundamental permite distinguir de manera clara y precisa que el concepto de familia, al que nuestro constituyente alude, no es otro que aquel que resulta de la unión monogámica, indisoluble entre un hombre y una mujer, previo consentimiento libre y espontáneo dado en el acto del matrimonio» (Biblioteca del Congreso Nacional 2004, 172), argumento que mantuvo siendo senador. O la carta inserta por el senador designado Martínez, redactada por el obispo Fuenzalida, quien afirma que «como se ha señalado, aun cuando se cambie la denominación jurídica de los hijos, nunca podrá ser igual nacer dentro del matrimonio que fuera. En este sentido, el proyecto, me parece, abandona una tradición jurídica asentada y provocará una grave crisis moral al desincentivar el matrimonio legal» (Biblioteca del Congreso Nacional 2004, 1095). Por último, cómo no advertir recordar la intervención del entonces senador Chadwick: «Pienso que el conjunto de normas que se vota en esta oportunidad mantiene un factor básico, que es la eliminación de toda diferencia entre los hijos nacidos dentro del matrimonio y los nacidos fuera de éste. A mi juicio, ello no es conveniente para el bien común. Y mis razones no son de fe, religiosas o dogmáticas, sino que se relacionan con instituciones que me parecen fundamentales para favorecerlo, que son precisamente la familia y el matrimonio» (Biblioteca del Congreso Nacional 2004, 1119).

Conviene recordar que el proyecto de ley se presentó en julio de 1993 y fue promulgada en octubre de 1998. Más de cinco años tardó su discusión y su aprobación. No fue unánime, pues contó con el rechazo de una parte de los parlamentarios de la derecha chilena, que veían en esta ley un peligro para la institución de la familia, entendida claro está de manera restringida.

En relación al divorcio como causal de disolución del vínculo matrimonial, se trató de otro caso emblemático que puso en tensión las diversas concepciones acerca de la familia. El proyecto de ley es fruto de una moción parlamentaria presentada en noviembre de 1995. Su publicación data de abril de 2004. ¡Casi 10 años tuvieron que transcurrir para que en Chile se aceptara el divorcio como causal de disolución del vínculo!, sin perjuicio de que existía de facto un divorcio «a la chilena», que suponía la anulación del matrimonio fundado en razones de tipo formal (falta de competencia del oficial del registro civil). No entraré en este punto, pero no pocos en su tiempo pensaban que se trataba de un fraude a la ley, pero era la única solución frente a la desconexión entre norma y realidad, ya que las parejas unidas en matrimonio se separaban¹.

Pero vamos a la historia de la ley de matrimonio civil. Tuvo una larga y tensa discusión, que contó con la oposición del Magisterio oficial de la Iglesia Católica, algunos sectores de la DC (v.g. diputado Ramón Elizalde, aunque este diputado en las elecciones de 2001 fue candidato de RN, o Carlos Dupré) y de la derecha. Sobre este punto, curiosa resulta la postura de la DC, pues aunque se trata de un partido de inspiración cristiana, fueron parlamentarios de ese partido los principales promotores de la ley, a saber, el diputado Ignacio Walker y la diputada Mariana Aylwin.

Durante la discusión del proyecto, con rechazo de la idea de legislar incluido, lo que entra en conflicto es la concepción de la familia. En el caso de los opositores al cambio de la ley de matrimonio civil, lo que hacen es naturalizar e identificar el matrimonio con la familia, con argumentos iusnaturalistas de corte escolástico, es decir, argumentaciones que hunden sus raíces en la Edad Media. Vayan un par de ejemplos.

El primero, la opinión de Juan Luis Ysern en representación de la Conferencia Episcopal señala que «la familia es la comunidad base para la persona humana, donde cada uno debe desarrollarse integral y armónicamente para su realización personal. Ello, y la formación de

¹ La tasa de nulidades fue en aumento. En 1980 era de 35 por cada mil matrimonios, en 1998 la cifra era de 85 (Instituto Nacional de Estadísticas 2000, 5).

los auténticos valores humanos, requiere la estabilidad del matrimonio, con el aporte de ambos progenitores... [por lo mismo], los Obispos de Chile hemos manifestado un categórico desacuerdo con la eventual promulgación de una ley de divorcio civil con disolución de vínculo. Consideramos que una iniciativa semejante es contraria a la ley de Dios y al bien común de la nación» (Biblioteca del Congreso Nacional 2004, 72).

En segundo lugar, si bien no utiliza un lenguaje religioso, resulta curiosa la propuesta del Instituto Libertad y Desarrollo para oponerse a la ley: «la experiencia señala que el divorcio trae más divorcio y degrada el matrimonio. El matrimonio deja de tener una diferencia substancial con la convivencia y el divorcio pasa a ser un estado normal en la sociedad. Mientras más fácil es el divorcio, más acuden a él las parejas en dificultades... Sobre la inestabilidad familiar futura, los niños hijos de padres divorciados tienen tendencia en su juventud a dejar sus hogares, a convivir más que a casarse y a tener hijos fuera del matrimonio. Crecer sin el padre se convierte en el mejor predictor de delincuencia» (Biblioteca del Congreso Nacional 2004, 84).

En tercer lugar, quisiera destacar las opiniones de los entonces diputados Melero y Chadwick. El primero señaló que «la Constitución Política establece, en su artículo 1º, que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, principio básico y vital que impone la obligación de defender su integridad. Entonces, corresponde al legislador y a la comunidad nacional discernir qué norma o realidad la vulnera. No me parece que la Constitución deba perfilar el contenido de la integridad de la familia, pero ésta constituye el eje sobre el cual debe centrarse el debate. Por esta razón, soy absolutamente contrario al divorcio con disolución de vínculo, porque considero que atenta contra la integridad de la familia» (Biblioteca del Congreso Nacional 2004, 174). Por su parte, Chadwick afirmó que «el matrimonio está vinculado esencialmente a la familia: es la fuente principal que da origen y constituye a una familia. Por lo tanto, no puede ser indiferente el tipo de matrimonio que nuestra legislación consagre, dado los efectos que éste puede tener sobre la familia. Si consideramos que la familia es en sí una comunidad esencial y trascendente para el orden social, la pregunta de fondo en esta discusión debe ser la siguiente: el divorcio vincular, aquel que permite la disolución matrimonial por la mera voluntad de uno o de ambos contrayentes, ¿fortalece la familia, la defiende, permite su desarrollo? A mi juicio, el divorcio vincular la debilita y empobrece... Por lo tanto, el divorcio vincular no solo debilita a la familia en lo conceptual, transformándola

en una institución con menor o sin relevancia social, sino que también la empobrece en cuanto a los frutos que está llamada a dar, lo cual afecta a los hijos, únicos inocentes que sufren por esta situación, y a todo el orden social» (Biblioteca del Congreso Nacional 2004, 191-194).

En los ejemplos, aunque no se explicita, lo que se encuentra implícita es una mirada cristiana (católica romana y pentecostal principalmente) acerca de la familia. Con todo, reconociendo la legitimidad de esta concepción, el principio de tolerancia en una democracia debe conducirnos a respetar todos aquellos proyectos vitales que se funden en el afecto, siendo el matrimonio solo una comunidad de referencia entre otras. Los ciudadanos no tienen por qué someter el socorro, fidelidad, auxilios recíprocos y relaciones patrimoniales entre parejas e hijos a la pura regulación jurídica matrimonial. Es razonable y pertinente la propuesta de la Constitución en cuanto a que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, sin embargo, no es razonable que el concepto de familia se restrinja a la definición conservadora, representada por el binomio familia/matrimonio. Los fundamentos de ese nexo son propios de creencias (religiosas) más que postulados razonables. No afirmo que la fe no pueda ser razonada (ya lo decía Agustín que fe que no se razona no es fe), pero en la convivencia política, y puesto que la aconfesionalidad del Estado es un principio básico del Estado contemporáneo, no puede la Constitución argumentar sobre la base de una doctrina religiosa. Por tanto, la concepción de familia debe ser interpretada de una manera amplia, respetando la pluralidad de convicciones religiosas y aceptando que, en la práctica, existen realidades familiares que no necesariamente coinciden con la propuesta católica.

Esta misma discusión se produjo durante 2014 a propósito del Acuerdo de Vida en Pareja (AVP) o el matrimonio entre personas del mismo sexo. Las razones para su regulación descansan en los principios de no discriminación e igualdad; los argumentos para su oposición son los mismos de veinte años atrás: destrucción de la familia y naturalización de ciertas instituciones. El derecho, para no quedar atrás frente a los cambios sociales, debe actualizarse y reflejar en sus normas las mutaciones históricas. Ni siquiera se trata de cambios vanguardistas, porque basta ver modelos de otros países para darnos cuenta de que estas figuras hace mucho tiempo cuentan con regulaciones sustantivas.

3. Chile es una república democrática

Hemos visto que el artículo 4 de la Constitución señala que Chile es una república democrática. No se trata de una declaración pacífica o que no esté sometida al escrutinio de la crítica, pues se trata de una cláusula abierta cuyo contenido material ha de ser determinado en un contexto histórico determinado.

Por de pronto, esta disposición no ha sido modificada; se mantiene incólume desde 1980. Sin embargo, lo que entendemos por democracia no es lo mismo ayer que hoy, especialmente porque el país ha transitado de un régimen dictatorial a uno democrático, pero aún encontramos disposiciones que hacen del actual sistema democrático uno imperfecto.

Conviene recordar que la actual Constitución, entre 1981 y marzo de 1990 fue una Constitución semántica. Estaba la letra, pero la cantidad de disposiciones transitorias que regían hacían imposible que la Constitución tuviera plena vigencia. Solo podríamos hablar de Constitución a partir de 1990. Con todo, es necesario que precisemos una concepción acerca de la democracia que permita caracterizar la Carta Vigente.

La dictadura militar se esforzó desde muy temprano en fundar una nueva institucionalidad que se distanciara de las ideas republicanas. Para ello no escatimó esfuerzos en beber de teorías autoritarias y contramayoritarias, a fin de vestir con ropaje de legitimidad normativa una institucionalidad de dudosa legitimidad sustancial. Durante los 17 años de dictadura militar, la violación de los derechos humanos fue una política amparada por el Estado, contando para ello con el apoyo fáctico de los cuerpos de seguridad y también un cuerpo legal que favorecía una actuación arbitraria a ciertos agentes del Estado².

Por lo mismo, no extraña la declaración de Pinochet en Chacarillas, discurso en el que describe el tipo de democracia que se impondrá. Señaló que «en esa perspectiva, advertimos nuestro deber es dar forma a una nueva democracia que sea *autoritaria, protegida*, integradora, tecnificada y de auténtica participación social, características que se comprenden mejor cuando el individuo se despoja de su egolatría, ambición y egoísmo» (Pinochet 1977, 3). Incluso, al explicar el adjetivo *protegida* se observa la distancia de la nueva institucionalidad chilena

2 Sobre el punto puede verse Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, Santiago, febrero de 1991; Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, *Informe de la Comisión Nacional sobre prisión política y tortura*, Santiago, noviembre de 2004.

con la propuesta democrática propia del liberalismo clásico. Dice Pinochet «protegida, en cuanto debe afianzar como doctrina fundamental del Estado de Chile el contenido básico de nuestra Declaración de Principios, reemplazando el Estado liberal clásico, ingenuo e inerme, por uno nuevo que esté comprometido con la libertad y la dignidad del hombre y con los valores esenciales de la nacionalidad» (Ibídem).

Al mismo tiempo, la Constitución contaba con una serie de instituciones contramayoritarias, que se justifican a partir de la experiencia vivida por Chile en las décadas de los sesenta y setenta, y lo que esconden es una desconfianza sobre la eficacia del sistema democrático y la madurez política de la sociedad. Los senadores designados y el Consejo de Seguridad Nacional son una muestra de aquello.

En cuanto al rol de las FFAA, dista de ser propio de sistemas democráticos. La excesiva autonomía y las facultades otorgadas hacen de éstas responsables de la seguridad exterior e interior, pero además terminan siendo relevantes actores políticos para la marcha del Estado. Y esto no se justifica en un sistema democrático que tiene FFAA obedientes, disciplinadas, no deliberantes y dependientes del poder político.

Por último, lo que ha realizado la dictadura chilena, es otorgar una Constitución sin legitimidad, que en sus primeros diez años no tiene vigencia efectiva y que, poco a poco irá sufriendo un proceso de transformación pero sin que, hasta el día de hoy, puedan modificarse aquellos aspectos que hacen de la institucionalidad chilena una rígida y autoritaria. Se ha avanzado en los últimos veinticinco años, pero aún persisten desafíos que deben ser acometidos.

La historia de la Constitución resulta paradójica, porque los pilares en los que descansa siguen tan vivos como ayer. «A pesar de todos los cambios que se le han hecho, permanece igual en sus rasgos dogmáticos principales y en sus principios neoliberales y autoritarios. Este rasgo 'gatopardo' hace que la Constitución vigente sea la más reformada en la historia de Chile, y al mismo tiempo la más deficitaria en cuanto a su carácter democrático» (Cristi, Tagle 2007, 345).

Son muchos los temas que pueden y deben ser objeto de cambio en el futuro. Tal vez la discusión sobre una nueva Constitución, junto con superar el déficit de legitimidad de la actual Carta, permitiría una real participación en su elaboración y hacer de ella un reflejo del consenso nacional para la marcha de la República. La actual Carta, sincrética en su apartado dogmático y autoritaria en la configuración del sistema político, no es representativa de la realidad ni del sentir social.

Además del mecanismo que se utilice para una futura reforma sustantiva, son dos los temas que quisiera abordar desde la perspectiva del déficit democrático. El primero, el sistema electoral para la elección de parlamentarios. El segundo, el sistema de *quora* para la aprobación de las leyes, dependiendo de la materia.

Tratándose del sistema electoral para la elección de parlamentarios, el procedimiento de elección funciona de la siguiente manera: se elige a dos parlamentarios por distrito o circunscripción, sean senadores o diputados. La lista que doble en cantidad de votos a la que le sucede elegirá a sus dos candidatos. Si esto no se produce, las dos listas más votadas elegirán al candidato de cada lista con mayor número de sufragios.

Un cuadro con los resultados de las elecciones desde el año 1989 a 2009 puede permitir hacer un análisis de los efectos que provoca el binominalismo. Por de pronto, la competencia no se realiza con el rival político sino con el compañero de pacto. Además, genera una exclusión de representación a importantes minorías, lo que supone un déficit de pluralismo político en la conformación de las Cámaras del Congreso.

Para efectos de este análisis, me centraré en la elección de diputados dado que su renovación es completa cada cuatro años, a diferencia de la elección de senadores, que es de renovación parcial.

Diputados 1989	Porcentaje de votación	Diputados electos
Concertación por la Democracia	51,49%	69
Democracia y Progreso	34,18%	48
Liberal-Socialista Chileno	3,03%	-
Unidad para la Democracia	5,31%	2
Independientes (Fuera de Pacto)	1,88%	1
Diputados 1993		
Alternativa Democrática de Izquierda	6,39%	-
Unión por el Progreso de Chile	36,68%	50
La Nueva Izquierda	1,43%	-
Concertación por la Democracia	55,40%	70
Independientes (Fuera de Pacto)	0,11%	-
Diputados 1997		
Humanista	2,91%	-
Unión Por Chile	36,26%	47
Concertación por la Democracia	50,51%	69
La Izquierda	7,49%	-
Chile 2000	2,14%	2
Independientes (Fuera de Pacto)	0,69%	2

Diputados 2001		
Partido Comunista	5,22%	-
Partido Humanista	1,13%	-
Alianza por Chile	44,27%	57
Concertación por la Democracia	47,90%	62
Independientes (Fuera de Pacto)	1,42%	1
Diputados 2005		
Fuerza Regional Independiente	1,17%	1
Concertación Democrática	51,76%	65
Juntos Podemos Más	7,40%	-
Alianza	38,72%	54
Diputados 2009		
Concertación y Juntos Podemos	44,36%	57
Coalición por el Cambio	43,44%	58
Nueva Mayoría para Chile	4,56%	0
Chile Limpio Vote Feliz	5,40%	3
Independientes (Fuera de Pacto)	2,21%	2

Cabe recordar que uno de los fundamentos ideológicos que inspiran la Constitución es la Doctrina de la Seguridad Nacional. Ésta tenía como principal «enemigo» al marxismo y sus representantes. Además, entre las razones que justifican la existencia de un sistema de elección de esta naturaleza está la desconfianza hacia los partidos políticos. Un ejemplo puede ilustrar esta afirmación. Juan Carmona señalaba que se «debe eliminar el sistema de representación proporcional, porque fue el causante de la mayoría de los males que el país sufrió, porque fomentó la sectorización de Chile, porque posibilitó la constitución de gobiernos de minoría que no representaban a toda la población y porque permitió establecer un verdadero monopolio de los partidos políticos... Estima que la nueva Constitución debe procurar la generación de lo que la democracia es en sí: el Gobierno de la mayoría con respeto a las minorías... Argumenta, ante la desventaja que podría presentar este sistema en cuanto a que la minoría carecería de la representación que merece, que prefiere asegurar la mayoría» (Actas 1978, 2593-2594).

Por lo mismo, el sistema binominal tiende a la exclusión y, en este caso particular, resulta excluido del Parlamento la fuerza «enemiga»: las corrientes políticas de inspiración marxista. Recién en las elecciones de 2009 fue corregido este problema, a partir de un acuerdo político entre la Concertación de Partidos por la Democracia con el Partido Comunista, lo que implicó que ambas fuerzas políticas fueron unidas en un mismo pacto.

Digo que el sistema genera exclusión porque si revisamos el cuadro, desde 1989, las fuerzas políticas de izquierda marxista han obtenido entre un cinco y un siete coma cinco por ciento de los votos y jamás pudieron elegir un diputado. Y si bien se trata de una minoría, se trata de una minoría que representa a un sector importante de la población. De ahí que se afirme que es un sistema que tiende a la bipolarización en dos alianzas electorales fuertes, lo que trae como efecto inmediato una representatividad parcial en la distribución de escaños en el Congreso, dado que impide la obtención de mandatos para las terceras y siguientes fuerzas políticas.

Ahora bien, el sistema puede favorecer la aparición de «caudillos» locales que no generan una fuerza representativa. Por ejemplo, en la elección de 1997, PC y Humanistas obtuvieron casi un diez por ciento de la votación, pero no lograron ningún diputado. En cambio, dos fuerzas minoritarias (Chile 2000, dos diputados, 2,14% de los votos e Independientes, 0,69% de los votos) asociadas a figuras carismáticas y con incidencia local, conquistaron cuatro escaños para diputados. Este efecto es una distorsión en la representatividad popular.

Además, la ausencia de competencia entre las listas debilita la importancia del voto. Incluso más, los partidos conocen su votación aproximada, por lo que las directivas de los partidos políticos negocian al interior del pacto las candidaturas, «llevando candidatos fuertes que serán elegidos y candidatos débiles que sirven solo de acompañamiento, lo que hace que el ciudadano solo decide la orientación general por la que desea votar pero no tiene ninguna influencia en quiénes son los candidatos que se elegirán, lo cual desincentiva la participación ciudadana en las elecciones» (Cristi, Tagle 2007, 345).

En cuanto a las razones para conservar el sistema binominal, se ha señalado que los fines que persigue (evitar el multipartidismo y la dispersión electoral) traen consigo estabilidad política y una necesaria unificación de las tendencias mayoritarias, lo cual es difícil de lograr con sistemas de elección basados en la proporcionalidad. Y los datos dan cuenta de que ese propósito ha sido alcanzado.

Sin embargo, es posible sostener que las bondades del binominalismo se resienten si lo examinamos desde la perspectiva de una democracia que permite la participación activa de los ciudadanos y reconoce la pluralidad existente en la sociedad, fines que no se pueden conseguir con ese sistema. Y este es un desafío para el futuro, porque es herencia autoritaria y responde a una cosmovisión que ha sido superada en Chile —desconfianza de ciertos grupos políticos y de la madurez de

la sociedad—; en síntesis, favorece una tutela que no corresponde a la principal fuerza minoritaria, desconociendo tanto la voz de la mayoría como de minorías significativas.

En relación al sistema de *quorum* para la aprobación de las leyes, dice el artículo 66 de la CPE que «las normas legales que interpreten preceptos constitucionales necesitarán, para su única aprobación, modificación o derogación, de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio (inc. 1º). Las normas legales a las cuales la Constitución confiere el carácter de ley orgánica constitucional requerirán, para su aprobación, modificación o derogación, de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio (inc. 2º). Las normas legales de quórum calificado se establecerán, modificarán o derogarán por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio (inc. 3º). Las demás normas legales requerirán la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara, o las mayorías que sean aplicables conforme a los artículos 68 y siguientes (inc. final)».

De la disposición se desprende que la ley requiere diversos *quora* de aprobación dependiendo de la materia sobre la que trate. En el caso de las leyes interpretativas de la Constitución y las Leyes Orgánicas Constitucionales (LOC), los *quora* para aprobarlas, modificarlas o derogarlas son muy elevados (3/5 y 4/7, respectivamente), lo que supone un alto nivel de consenso entre las fuerzas políticas para lograr un acuerdo. En este caso no basta la mayoría absoluta. Se requiere aún más, lo que, unido al sistema electoral de elección de parlamentarios, otorga a la principal fuerza minoritaria un derecho equivalente al de la principal fuerza política representada en el Congreso.

El problema es que los temas de mayor trascendencia están reservados por la CPR para ser regulados por las LOC. Así, por ejemplo, una LOC determinará la organización y funcionamiento del sistema electoral público y regulará la forma en que se realizarán los procesos electorales y plebiscitarios (art. 18 inc. 1º); también una LOC «establecerá los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media y señalará las normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento» (art. 19 N° 11 inc. final); asimismo, existe la LOC que regula a los partidos políticos (art. 19 N° 15 inc. 4º); es una LOC la que determina el funcionamiento y atribuciones del Congreso Nacional (entre otros, arts. 52 N° 1, letra a), inc. final, 52 N° 2, inc. 2º, art. 54 N° 1 inc. 8º, art. 55 inc. 3º); lo mismo ocurre en el caso del Poder Judicial (art. 77 inc. 2º), Ministerio Público (art. 84 inc. 1º), Tribunal Constitucional (art. 92 inc. final), Tribunal

Calificador de elecciones (art. 95 inc. final), Contraloría General de la República (art. 98 inc. 1º), FFAA y de Orden (art. 105 inc. 1º) o el Banco Central (art. 108 inc. 1º).

Entonces 'la fórmula' altos *quora* + relevancia de la materia + cosmovisiones diferentes para la comprensión de la sociedad = petrificación normativa y desactualización entre derecho y realidad; el derecho queda rezagado frente a las transformaciones del mundo contemporáneo. Si este fenómeno ya es común para el derecho en general, con un modelo de aprobación y modificación de las leyes como el chileno, se radicalizan los efectos negativos de falta de adecuación entre norma y realidad.

Por ejemplo, en relación al derecho a la educación, se produjo una profunda discusión tras un movimiento ciudadano encabezado por los estudiantes secundarios en 2006 (ni hablar de los movimientos sociales que parten en 2011 y del que aún estamos siendo testigos). Este reclamo ciudadano impulsó a legislar sobre el modelo educativo, discusión que estaba pendiente desde el regreso de la democracia. La presidenta Michelle Bachelet presentó un proyecto de ley para sustituir la controvertida Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza y reemplazarla por una nueva. Entre los principales objetivos perseguidos figuraban terminar con la discriminación y garantizar la calidad de la enseñanza; además, establecer un nuevo marco regulatorio para la educación pública y privada con mayores estándares de calidad, consagrando derechos y deberes para los distintos actores del sistema educativo y hacer compatible la libertad de enseñanza con el derecho a una educación de calidad.

En 2009 se publicó la Ley General de Educación (Ley 20.370, *Diario Oficial*, N° 39.461, Santiago, 12 de septiembre de 2009) que encarna los propósitos de mejorar el sistema educativo chileno, especialmente en aras a mejorar la educación entregada a los sectores menos favorecidos de la población. La ley explícitamente señala que la educación es un derecho de todas las personas (art. 4) y que se inspira en ciertos principios entre los que destaca la universalidad y la calidad (art. 3). Si bien en la Constitución está garantizado el derecho a la educación (art. 19 N° 10), como derecho no goza de tutela reforzada, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de enseñanza (art. 19 N° 11). Con la nueva ley se establecen mecanismos para hacer efectivos los principios en que se funda. Sin embargo, como en materia educativa colisionan diferentes sensibilidades políticas, unas más cercanas a la libertad de enseñanza [emprendimiento es servicios educativos más bien] y otras al derecho

a la educación, este último aún debería haber sido desarrollado de manera explícita por la ley, *v.g.* la amplitud descriptiva del art. 6 inc. 1º de la ley: «es deber del Estado propender a asegurar una educación de calidad y procurar que ésta sea impartida a todos, tanto en el ámbito público como en el privado». El uso de los verbos en este caso nos remite más a un anhelo o un propósito; se hubiese logrado un mejor desarrollo del derecho a la educación con un lenguaje más imperativo.

El sistema de *quorum* y de distinción del «tipo» de ley forman parte de los mecanismos de «amarre» constitucional que se establecieron a partir de 1973 y que son fruto de la refundación institucional que inspiró a la dictadura militar. Con leyes rígidas se asegura el 'legado' institucional, y, si bien, los nuevos tutores no serán las FFAA, persisten las fuerzas herederas de una concepción de la democracia de carácter instrumental, autoritaria y protegida. Incluso, en las elecciones parlamentarias de 2013, la coalición «Nueva Mayoría» logró controlar ambas Cámaras con mayoría absoluta; sin embargo, será imposible llevar adelante el programa de Gobierno de la presidenta Bachelet sin el apoyo de las fuerzas de oposición, ya que no se cuenta con los 4/7 de parlamentarios en ejercicio ni en Senado ni en Cámara de Diputados. Eso nuevamente puede forzar el consenso, que en Chile se tradujo en la imposición del veto de la minoría y la renuncia a los pilares programáticos de la coalición gobernante.

Por esta razón es necesario revisar algunas de las concepciones teóricas que fundan la Constitución, las que siguen vigentes y gozan de buena salud, porque no se trata de teorías que habitan en los extramuros de la realidad, sino que son la fuente que da origen y sustento al entramado económico y social de la Constitución. Y tras estas opciones políticas, hay una concepción de la democracia que se puede acomodar en el artículo 4 de la Constitución, porque su textura abierta así lo permite.

Es cierto que la democracia no es fin en sí misma. Se trata de una conquista cultural, en que lo esencial es el proceso por el que llegan a tomarse las decisiones, más que las decisiones mismas, y el mecanismo de ese proceso debería ser la deliberación encaminada a convencer con razones, no la imposición, ni tampoco la manipulación. Como ha señalado Dewey, «la regla de la mayoría es tan absurda como sus críticos le acusan de serlo. Pero nunca es *simplemente* la regla de la mayoría [...] Lo importante es el medio por el que una mayoría llega a serlo: los debates antecedentes, la modificación de las perspectivas para atender a las opiniones de las minorías [...] La necesidad esencial,

en otras palabras, es la mejora de los métodos y condiciones de debate, discusión y persuasión» (Dewey en Cortina 2007, 55).

Por ello, es reduccionista la postura que limita la democracia al proceso electoral. La democracia supone procesos electorales, pero es más que eso: se trata de un método que permite el discernimiento colectivo en un ambiente persuasivo, racional y de respeto a las fuerzas minoritarias. Y desde esta perspectiva, en Chile existe una deuda con un sistema democrático participativo.

4. Los límites al ejercicio de la soberanía

Dice el artículo 5 inciso segundo de la Constitución que el ejercicio de la soberanía tiene como límites los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, reconocidos por la Constitución, tratados internacionales y las leyes. Esta norma es fruto de la reforma a la Constitución de 1989 y ha sido objeto de un arduo análisis durante los años noventa, especialmente en lo que dice relación con los delitos de lesa humanidad.

Esta disposición debe ser relacionada con los hechos que forman parte de nuestra historia reciente. Por de pronto, si bien se trata de una norma que nace junto con la restauración del régimen democrático, su operatividad recién comienza después de la detención de Augusto Pinochet en Londres.

Al mismo tiempo, debemos relacionarlo con el DL 2.191 que concedió amnistía por los crímenes cometidos durante el período 1973-1978. Este DL, de dudosa legitimidad formal y sustantiva, se dictó y aplicó para impedir el conocimiento y resolución de los delitos de *lesa humanidad* cometidos durante ese período, en el cual se concentra el mayor número de detenidos desaparecidos y prácticas de tortura. Sistemáticamente los tribunales aplicaron la ley de amnistía y no hubo sentencias que pusieran en tensión los ordenamientos legal y constitucional; será la doctrina, —principalmente por medio de constitucionalista que se forman al alero del derecho internacional de los derechos humanos— la que dará cuenta de esta tensión y cómo ello tiene efectos desde la perspectiva de la derogación tácita del DL.

En materia de derechos humanos, dos son los principales hechos que provocan un quiebre frente a la impunidad de los crímenes cometidos en dictadura.

El primero es la sentencia definitiva por el llamado «caso Letelier», que si bien se trata de un caso expresamente excluido por la ley de

amnistía, en 1996 por vez primera y a casi veinte años de producido el hecho, se condena a los autores intelectuales de este delito.

Lo segundo es la detención de Augusto Pinochet en Londres, a instancias de una petición emanada de la Audiencia Nacional de España. Si bien se trata de una orden emanada de un tribunal extranjero frente a hechos ocurridos en Chile, lo que entra en conflicto con el principio de territorialidad de la ley penal, por primera vez en Chile se empieza a «conocer» y aplicar el derecho internacional de los derechos humanos.

Conviene recordar que el Estado de Chile, en tiempos del presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, asume con determinación la defensa del dictador; el canciller de la época, José Miguel Insulza, jugó un rol relevante para lograr la libertad de Pinochet. En un primer momento, ignorantes del desarrollo de la reflexión en materia de derechos fundamentales, la defensa consistió en argumentar en base a los privilegios de inmunidad diplomática dado el carácter de senador de Pinochet. Al mismo tiempo, con una apelación y retórica decimonónica, se esgrimen razones relativas a la violación de la soberanía –como si esta fuera absoluta–, postulados de tintes nacionalistas que en la actualidad están siendo superados cuando se conectan con los derechos fundamentales. Con todo, Pinochet regresa a Chile, pero por razones humanitarias (Vaya paradoja, lo que faltó en el régimen que él presidió es lo que le permite el regreso al país!).

Este hecho provoca un quiebre en la interpretación del derecho nacional, puesto que comienza a ser considerado el derecho internacional de los derechos humanos, en especial el relativo a los crímenes de lesa humanidad. ¿Por qué? Porque «descubrimos» que la legalidad no se agota en el mero enunciado formal si éste no contiene una *ratio* que lo funda. Y así, el DL de amnistía se comienza a caer a pedazos, descubrimiento de unas cuentas sospechosas en bancos extranjeros mediante.

Habrá que esperar al año 2004 para contar con una sentencia que asuma directamente esta problemática: es el «caso Sandoval» (SCS, rol 517-2004), como también la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el conocido «asunto Almonacid» (SCIDH, 2005). Tratándose del primero, con una sutileza jurídica, califica la desaparición forzada de personas como secuestro, figura penal emblemática que responde a la clasificación de delito permanente.

Sin perjuicio del rechazo de los recursos de casación en la forma deducidos por los imputados, lo relevante no está solo en la utilización de la ficción «secuestro», sino que especialmente en la reflexión relativa a la amnistía y prescripción como causales de extinción de

la responsabilidad penal. Este es el punto, porque tratándose de tan graves crímenes, ambas causales ceden en beneficio de los derechos de las personas, ya que es tan grave el atropello que ninguna legitimidad formal habrá de estar por sobre la dignidad de las personas.

Estas premisas, hasta el día de hoy siguen teniendo importancia a la hora de establecer condenas a violadores de los derechos humanos de tiempos de la dictadura militar. En una sentencia reciente, la Corte Suprema ha señalado que «atendida la naturaleza del hecho pesquisado y con arreglo a los antecedentes reunidos durante la indagación, es procedente inferir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica universal ha dado en denominar delito contra la humanidad. Efectivamente, el ilícito fue perpetrado en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo la víctima un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas, que, en la fecha inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, fue sindicado de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto o que, por cualquier circunstancia, fuera considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política proyectada por los sublevados, garantizando la impunidad a los ejecutores de dicho programa mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento de la realidad ante las peticiones de los tribunales ordinarios de justicia, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña orquestada encaminada a desprestigiar al gobierno autoritario» (SCS, rol 12.566-11: 12°).

Agrega la sentencia que «el secuestro realizado por agentes del Estado, es un caso de privación de libertad que conculca el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a deducir los recursos apropiados para controlar la legalidad de su “arresto” y que conlleva el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva de la víctima, la negación de su detención y reclusión a terceros interesados, que representan, por sí mismas, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad síquica y moral y del debido respeto a la dignidad inherente al ser humano; configuran, por tanto, una violación múltiple y continuada de numerosos derechos, que ha sido calificada por la Asamblea de la Organización de Estados Americanos como “una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad” (AG/RES

666), que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar, pues tales hechos merecen una reprobación categórica de la conciencia universal, al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular» (SCS, rol 12.566-11: 13°).

Además, se sostiene que «en vista de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, los hechos sobre los que versa este litigio son imprescriptibles, desde que es obligatoria para el derecho chileno la normativa del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos, para la cual es inadmisibles la prescripción que pretenda imposibilitar la investigación de violaciones graves de los derechos humanos y la sanción, en su caso, de los responsables, todo lo cual también se extiende para efectos de estimar improcedente la media prescripción del artículo 103 del Código Penal» (SCS, rol 12.566-11: 15°).

Por lo tanto, si bien el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución tiene larga data, ha habido una evolución en su interpretación, la que debe considerar la conexión con el derecho internacional de los derechos humanos. Y en este punto, si bien los razonamientos de los tribunales son jurídicos, en el fondo e ilocucionariamente lo que esconden es una razón política, a saber, una autoconciencia de la humanidad que considera que los delitos de *lesa humanidad* no pueden quedar impunes. De ahí que lo que ayer estaba en la norma (1989), no es lo mismo en cuanto a su comprensión material hoy (2014). La literalidad de la disposición no ha cambiado. Lo que evoluciona es la sociedad, por lo que es imprescindible la conexión entre realidad y norma a fin de no caer en la petrificación o la contrafactividad, fenómeno tan propio de ordenamientos jurídicos que se construyen a espaldas o con indiferencia de lo que está ocurriendo en la comunidad política. Y este desafío no lo es solo para los actores jurídicos. Es un desafío que compromete a la sociedad entera.

Bibliografía

- Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 372ª, Santiago, 17 de mayo de 1978.
- Biblioteca del Congreso Nacional. 2004. Historia de la Ley N° 19.947. Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil, p. 172. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19947&anio=2014>.
- Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. 1991. *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*. Santiago.
- Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura. 2004. *Informe de la Comisión Nacional sobre prisión política y tortura*. Santiago.
- CRISTI, RENATO y PABLO RUIZ-TAGLE. 2007. *La República en Chile*. Santiago: LOM.
- DEWEY, J. citado en Cortina, Adela. 2007. «Jürgen Habermas: luces y sombras de una política deliberativa». En: *Revista de Ciencias Sociales*, N° 52, 55.
- HERRERA, FLORENCIA y BERTA TEITELBOIM. 2011. «La mirada de los chilenos a la familia». En: *CHILE 2010. Percepciones y actitudes sociales. Informe de la sexta encuesta nacional UDP*. Instituto de Investigación en Ciencias Sociales Universidad Diego Portales, disponible en: <http://encuesta.udp.cl/wp-content/uploads/2011/06/Encuesta_UDP1.pdf>.
- Instituto Nacional de Estadísticas. 2000. «Enfoques estadísticos: matrimonio en Chile» N° 6, disponible en: <http://www.pasa.cl/wp-content/uploads/2011/08/Matrimonio_en_Chile_INE.pdf>.
- PINOCHET UGARTE, AUGUSTO. 1977. *Discurso del general Augusto Pinochet en cerro Chacarillas con ocasión del día de la juventud el 9 de julio de 1977*, disponible en internet: <http://www.archivochile.com/Dictadura_militar/doc_jm_gob_pino8/DMdocjm0003.pdf>.
- _____. 1981. «Antecedentes de la Constitución de 1980. Normas para la nueva Constitución». En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 8, N° 1 – 6.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Almonacid Arellano v. Chile, 2 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154.
- SCS Rol 517-2004 de 5 de enero de 2004.
- SCS, Rol 12.566-11 de 18 de junio de 2012.
- UNICEF: Datos disponibles en: <<http://www.unicef.cl/unicef/index.php/Familia>>.