

# LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 2009: ¿NUEVOS PARCHES PARA UNA CONSTITUCIÓN FATIGADA?

*Juan Pablo González*<sup>1</sup>

## Introducción

El año 2005 entró en vigencia la ley 20.050, la cual estableció una serie de reformas a la Constitución Política. Entre las 54 modificaciones que estableció dicha ley destacaron la eliminación de la protección de la vida pública tal como estaba consagrada en el artículo 19 N°4, la consagración de los principios de probidad y publicidad de los actos del Estado, el deber de fortalecimiento de la regionalización del país por parte de los órganos del Estado, cambios en cuanto a la adquisición de la nacionalidad y a los requisitos para ser Presidente de la República y la reformulación —que ha tenido grandes consecuencias— del Tribunal Constitucional, dándole competencia tanto para conocer del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (lo cual hasta ese momento competía a la Corte Suprema) como para declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal, expulsándolo del ordenamiento jurídico.

Esta reforma ha sido una de las más importantes a nuestra Carta, que ha sido objeto, por lo demás, de numerosas modificaciones (27 leyes modificatorias). Esto se debe a que el escenario político y jurídico hoy es muy distinto al de 1980, partiendo obviamente, porque la Constitución ha debido adecuarse a los estándares que una democracia demanda.

---

<sup>1</sup> Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales UDP y Abogado. Ex pasante ante la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Washington DC). Actualmente se desempeña en el Centro de Modernización de la Justicia y en el Programa de Derecho Constitucional, ambos de la Facultad de Derecho UDP.

Esto no deja de llamar la atención cuando vemos experiencias comparadas, como es el caso de España, cuya Constitución, que data del año 1978, ha sido objeto únicamente de una modificación, o el caso de la Constitución de Estados Unidos (“We the People”) que contiene también 27 enmiendas, siendo la última del año 1992.<sup>2</sup> Si bien lo anterior puede parecer una similitud de esta última con nuestra Carta, hay un elemento de gran relevancia que rompe con esta semejanza: la carta norteamericana es de 1787 y la nuestra de 1980.

La forma en que se estableció el poder constituyente originario y el escenario en que este creó la actual Constitución, junto a otros factores, han obligado a ir parchándola poco a poco, eliminando toda regulación que atente contra los principios democráticos, como lo eran la prohibición de la ideología marxista, la imposibilidad de remoción de los jefes de las fuerzas de seguridad y orden por parte del presidente de la república, los senadores designados o la censura previa en materia cinematográfica. Estas continuas modificaciones no se han detenido, sino que constituyen un permanente proceso que subsiste en el tiempo.

Ejemplo de este proceso es que durante el año 2009, han sido publicadas cinco leyes modificatorias a la Constitución.<sup>3</sup> De éstas me parece necesario detenerme en dos: la autorización al Estado Chileno para que reconozca la competencia de la Corte Penal Internacional y la consagración de la inscripción inmediata en los registros electorales y ejercicio voluntario del voto.

De este modo, las siguientes páginas contienen la siguiente estructura: (i) un breve análisis de por qué nuestra Constitución ha sido objeto de continuas modificaciones; (ii) análisis de dos de las reformas realizadas durante el año 2009: la autorización al Estado Chileno para que reconozca la competencia

---

2 Cabe aclarar además que en el caso de Estados Unidos son enmiendas y no leyes modificatorias como es el caso chileno. Cada ley modificatoria a la Constitución conlleva diversas modificaciones, como sucedió por ejemplo con la ley 20.050, la cual está compuesta de 52 artículos, donde cada uno modifica diversos aspectos del texto constitucional.

3 Una última modificación a la Constitución, publicada en enero de 2010, fue la ley 20.414 la cual destaca por incorporar al artículo 8 de la Constitución dos nuevos incisos que establecen la obligación para el Presidente de la República, sus ministros, diputados y senadores y toda otra autoridad que determine su ley orgánica constitucional, a declarar sus intereses y patrimonio en forma pública. Del mismo modo, dicha ley establece una modificación al número 15 del artículo 19 estableciendo la posibilidad para los partidos políticos de que los candidatos a ser elegidos mediante elección popular sean determinados mediante el mecanismo de primarias. Debido a razones metodológicas esta última ley no es analizada en este trabajo.

de la Corte Penal Internacional y la consagración de la inscripción automática y el voto voluntario; reseñando sus avances y los problemas que enfrentan; y (iii) conclusiones finales.

## I. Constitución parchada ¿Por qué no una nueva?

Tal como señalé anteriormente, 27 son las leyes que han modificado la Constitución. Estos cambios fueron realizados por la Junta de Gobierno, que ejercía bajo la dictadura la labor legislativa (por la necesidad de modificar ciertos aspectos para el correcto funcionamiento de la Carta en democracia y llevar a cabo de mejor forma la transición política a la que Chile se enfrentaba), y luego en democracia a través de diversas modificaciones como la ley 20.050 de 2005.

Así, la pregunta inevitable es: ¿por qué se ha mantenido una Constitución que ha sufrido diversas modificaciones en 30 años? Para responder esta pregunta me basaré en los trabajos de los profesores Ginsburg, Elkins y Melton,<sup>4</sup> y en el de Negretto<sup>5</sup>, quienes han estudiado en el ámbito mundial y latinoamericano la durabilidad de las constituciones o lo que se ha denominado como *lifespan of constitutions* (esperanza de vida).

Una primera razón para tener hoy una Constitución parchada es de naturaleza histórica y tiene directa relación con el poder constituyente originario. En el caso chileno nuestra Constitución es fruto de un proceso cerrado en el que participaron principalmente la Comisión Ortúzar, el Consejo de Estado y, finalmente, la Junta de Gobierno. Todas estas instancias fueron a puertas cerradas, durante el gobierno militar, sin representantes ni de la sociedad civil ni de personas contrarias al régimen imperante. En palabras de los autores antes mencionados, “*muchas constituciones son elaboradas por un pequeño grupo de líderes en una sala contigua*”.<sup>6</sup>

4 Ver Ginsburg, Tom; Zachary, Elkins y Melton, James; “The Lifespan of Written Constitutions”. 2008. Disponible en [http://www.gwu.edu/~igis/assets/docs/Elkins\\_paper.pdf](http://www.gwu.edu/~igis/assets/docs/Elkins_paper.pdf).

5 Ver Negretto, Gabriel; “The Durability of Constitutions in Changing Environments: A Study on Constitutional Stability In Latin America”. 2006. Disponible en [http://www.allacademic.com/meta/p\\_mla\\_apa\\_research\\_citation/1/5/2/6/8/pages152687/p152687-1.php](http://www.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/1/5/2/6/8/pages152687/p152687-1.php).

6 Ginsburg, Zachary y Melton, op. cit.,5. La versión en inglés señala “Many constitutions are crafted by a small set of leaders in a back room” (traducción del autor).

Esto conlleva un problema teórico, cual es la falta de debida representación de todos los sectores de la sociedad en la elaboración de la que será la Carta Fundamental. Al no ser así, se da cuenta de una realidad parcializada, por lo que la Constitución no tendrá respuestas frente a las realidades y sucesos que no fueron escuchados.

A esto se debe sumar la ausencia de métodos de participación ciudadana, que mermó la legitimidad del proceso. Si bien existió un plebiscito en 1980 para aprobar el texto de la Constitución, éste estuvo exento de las características elementales con que un proceso de esta naturaleza debe contar. Tal como señalara la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *“Las condiciones que rodearon la realización del plebiscito merecieron diversas observaciones de parte de destacadas personalidades e importantes instituciones chilenas. Ellos coincidieron en negar toda validez al acto electoral por haber sido convocado y realizado bajo la vigencia de estado de emergencia con las severas restricciones a los distintos derechos que ello implicaba; por no existir registros electorales; por la ausencia de una adecuada fiscalización del acto; por la falta de alternativas que el elector pudiese oponer a la constitución propuesta; por la desventaja de hecho en que actuó la oposición respecto a la publicidad brindada a sus posiciones; porque los partidos políticos se encontraban proscritos o disueltos y porque un significativo sector de la población se encontraba fuera del país sin poder regresar”*.<sup>7</sup>

La legitimidad no está dada únicamente por la existencia de un proceso de aprobación por parte de la ciudadanía, sino que dicho proceso debe contener garantías mínimas. Al respecto, el estudio de Ginsburg, Zachary y Melton señala que *“La ratificación pública conlleva constituciones más duraderas en democracias, pero no así en autocracias. Los referéndum en dictaduras no confieren genuina legitimidad ni facilita el cumplimiento de los términos de la Constitución”*.<sup>8</sup>

7 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile”, párrafo 64. 1985. Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Chile85sp/Index.htm>

8 Ginsburg, Zachary y Melton, op. cit. La versión en inglés señala “Public ratification produces more enduring constitutions in democracies, but not in autocracies. This is intuitive: referenda in dictatorships do not genuinely confer legitimacy or facilitate collective enforcement or constitutional terms” (traducción del autor).

De este modo, una constitución que no ha sido aprobada por mecanismos que garanticen eficientemente la real voluntad de la ciudadanía, tiene menos probabilidades de persistir —tal cual como fue aprobada— en el tiempo.

Una segunda razón alude a la realidad que ha vivido nuestra sociedad en los últimos 20 años. Bajo los cuatro gobiernos de la Concertación (1990-2010), el país ha sido objeto de profundas transformaciones en lo cultural, social y económico, a las que la Constitución no ha logrado adaptarse por sí misma, debido a que ésta proclamaba un régimen de democracia protegida, consagrando posibilidades de censura previa, fuertes restricciones a las libertades bajo estados de excepción constitucional y senadores designados por el Estado, entre otros. Tal como señala Suárez, “*La Constitución vigente tuvo como propósito, desde sus inicios, contener aquellos que consideraba los peligros del sistema que pretendía entablar. El modelo de democracia que se procuraba era el de una democracia protegida y limitada, el modelo de participación, uno que llevara a los ciudadanos al ámbito de lo ‘doméstico’, lo gremial, descontaminando estas esferas de la política*”.<sup>9</sup>

Dicho de otro modo, el constituyente originario redactó la Constitución desde la desconfianza hacia los ciudadanos y no como una herramienta garantista de las libertades individuales. Así, la ley fundamental no posee la capacidad de adaptarse a lo que los autores han denominado “*changing conditions*”, es decir, todas aquellas condiciones ontológicas que tienen lugar en una sociedad con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución. Al no tener la capacidad de adaptación, se hace necesario cambiar el texto en innumerables ocasiones, principalmente cuando lo que la ciudadanía demanda hoy con más fuerza no son prohibiciones, sino que la protección de las libertades individuales y el respeto a la auto determinación. Son estas últimas las “*changing conditions*” del caso chileno. Como señalan los autores antes mencionados, “*Una constitución rígida calza correctamente en una sociedad, cuando los cambios tecnológicos o del medio son lentos. Sin embargo, la misma constitución tendrá una pobre respuesta si los cambios son rápidos*”.<sup>10</sup>

9 Suárez, Christian; “La Constitución celda o ‘straightjacket constitution’ y la dogmática constitucional” en 24 *Revista Universum*, Universidad de Talca, 256.

10 Ginsburg, Zachary y Melton, op. cit., 13. La versión en inglés señala “A rigid constitution that fits its society well at the outset may be suitable if the rate of technological or environmental change is low. But the same constitution may perform poorly if change is rapid” (traducción del autor)

Ahora bien, cabe aclarar que una reforma constitucional *per se* no constituye un hecho preocupante; su necesidad se debe analizar en función de otros factores como son el tiempo de vigencia de la Constitución, número de veces que ha sido modificada y la magnitud de esas modificaciones. A esto se refiere Negretto al señalar que “*Las constituciones no son inmutables. Estas necesitan ser a menudo modificadas con el tiempo para responder a los cambios políticos, económicos o sociales del ambiente bajo el cual opera. El punto clave es definir si dicha modificación implica una derogación de la constitución existente*”.<sup>11</sup>

Desde ese punto de vista, si comparamos el texto original de la Constitución con el actual, encontraremos claras diferencias. Si bien ninguna de las leyes modificatorias ha tenido como objeto la derogación absoluta del texto, varias de las modificaciones cambian el sentido y espíritu original. En este sentido, es difícil determinar si estamos frente a una nueva constitución, toda vez que, si bien se han abierto más espacios para la participación ciudadana, la estructura de la Carta sigue siendo la original de 1980. Así, es más correcto hablar de una Constitución modificada en reiteradas ocasiones que de una nueva. Una nueva constitución implica no solamente el reemplazo de oraciones por otras, sino que exige un proceso amplio de debate público y una marcada participación ciudadana.

Con todo lo anteriormente señalado, cabe volver a plantear la pregunta del inicio: ¿por qué no una nueva constitución? Al respecto me parece interesante analizar dos posibles respuestas que, si bien no son del todo satisfactorias, sí dan luces para el debate de este punto.

Una primera respuesta la brinda la tradición histórica constitucional de nuestro país. Chile ha sido uno de los países latinoamericanos que menos constituciones ha tenido en su vida republicana. A modo de ejemplo, Venezuela ha contado con 16 constituciones y Latinoamérica cuenta con un promedio de una nueva constitución cada 12.4 años.<sup>12</sup> Según Negretto, los países latinoamericanos han tenido un promedio 5.7 constituciones y, del total de 102

---

11 Negretto, op. cit., 2. La versión original en inglés señala “Constitutions are not immutable. They need to be and often are altered over time to respond to changes in the political, economic, or social environment. Under which they operate. The key point is whether the alteration implies the legal abrogation of the existing constitution” (traducción del autor).

12 Ver datos más completos en Ginsburg, Zachary y Melton, op. cit.

constituciones que han sido promulgadas en la región, solo 32 se han dictado bajo regimenes democráticos.<sup>13</sup>

Chile, salvo el período posterior a la independencia, ha tenido 3 grandes constituciones (1833, 1925 y 1980), las cuales dan un promedio de una constitución cada 59 años, 46.6 años más que el promedio de la región. Esto demuestra que como sociedad existe una tendencia a tener constituciones longevas. Por lo tanto, aunque la Carta Fundamental presente problemas, tradicionalmente se prefiere la opción de parcharla a instaurar una nueva.

Negretto ofrece una respuesta complementaria a la anterior al señalar que el costo de mantención de una constitución es menor al costo de crear una nueva. A este respecto, el autor señala al momento de analizar la opción de cambiar la constitución, que dicho costo debe ser tomado en cuenta. “*Si el costo de reemplazar excede al costo de mantener es una hipótesis que debe ser analizada*”.<sup>14</sup>

Dicho costo no debe ser entendido únicamente en un sentido económico, sino que también social y político. Por una parte, el costo social se relaciona con lo ya dicho sobre nuestra tradición histórica de un promedio alto de vida de las constituciones, sumado a que la ciudadanía mira con desconfianza una nueva constitución. Por otra parte, el costo político es el que más ha pesado. El mapa político de los últimos 20 años ha estado fuertemente marcado por el sistema binominal, estructurado a través de las listas parlamentarias, lo que ha generado dos bandos políticos muy fuertes, dejando sin representación a terceras fuerzas. En esta lógica, la negación por una parte de una reforma absoluta implica la mantención del orden jurídico constitucional, toda vez que la misma constitución exige quórum altos para su reemplazo.

En definitiva, estos factores no son esperanzadores en términos de que prontamente exista una nueva constitución creada en y para una democracia. Más aún cuando según estudios, los factores que provocan un cambio de constitución son golpes de Estado, guerras civiles o la transición de un gobierno dictatorial a uno democrático<sup>15</sup>, lo cual no es el caso chileno.

13 Negretto, op. cit., 10.

14 Negretto, op. cit., 4. La versión original en inglés señala: “the costs of replacing exceed the costs of maintaining the existing constitution is a hypothesis that should be tested” (traducción del autor).

15 Para más información sobre estas causales, ver Ginsburg, Zachary y Melton, op. cit.

## II. Nuevas modificaciones a la Constitución

En lo que sigue, analizaré dos de las reformas a la Constitución realizadas durante el año 2009: la autorización al Estado Chileno para reconocer la competencia de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) y la modificación en cuanto al sufragio, pasando éste a ser un sistema de inscripción automático y voto voluntario.

Cabe aclarar que la decisión de detenerme en estas dos modificaciones es en base a qué materias en mi parecer parecen más atractivas de analizar y no implica de modo alguno, que las restantes tres modificaciones no sean de relevancia.<sup>16</sup>

### a. Ratificación del Estatuto de Roma

El 29 de junio de 2009, Chile depositó el instrumento de ratificación al Estatuto de Roma (en adelante el Estatuto) que crea la Corte Penal Internacional, tratado que había sido firmado por el Estado chileno en 1998 pero que hasta el momento no era vinculante para nuestro país. Recordemos que nuestra Constitución en su artículo 5, inciso segundo, establece que los tratados internacionales que versen sobre “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” y que se encuentren ratificados y vigentes, constituyen un límite a la soberanía nacional. Así, el problema se encontraba en que el tratado en cuestión no cumpliría con este último requisito sino hasta la realización del depósito del instrumento que lo ratifica.

Este hecho no estuvo exento de un arduo debate político y jurídico, lo cual provocó una demora en la ratificación del tratado. Ésta queda demostrada al constatar que el Estado Chileno, de los 120 países que firmaron el tratado, fue el 109° en ratificar el Estatuto. Dicho debate se concentró en el concepto de soberanía y, específicamente, en si el hecho de reconocer jurisdicción a dicha Corte internacional comprometía afectar la exclusividad que tienen los tribunales internos para conocer, investigar y sancionar supuestos hechos ilícitos. Esto basado en que la Constitución establece los distintos poderes, entre ellos el poder judicial (capítulo sexto), y en dicha regulación no se hacía referencia a la CPI.

<sup>16</sup> Además de las modificaciones ya comentadas, la Constitución fue objeto de tres otras leyes modificatorias. A saber: Ley 20.390, reforma en materia de gobierno y administración general; Ley 20.354, que modifica la fecha de elección de presidente de la República; y Ley 20.346, reforma en materia de asociacionismo municipal.



Esto llevó a que, producto de una solicitud de parlamentarios de la época, el Tribunal Constitucional (TC) se pronunciara respecto a la constitucionalidad del tratado. Al respecto, dicho Tribunal estimó que se debía modificar la Constitución de manera tal que permitiera la existencia de la Corte. Específicamente, señaló que *“El Tribunal creado por el Estatuto, en la categoría a la que se deba adecuar, no se encuentra directa o indirectamente previsto o admitido por el texto constitucional y la esfera jurisdiccional que le es atribuida verá reducir, correlativamente, la dimensión de soberanía constitucional deferida a los tribunales. Con el Estatuto, la competencia soberana que es una jurisdicción constituida resultará necesariamente disminuida, por la transferencia para el Tribunal de una de sus atribuciones.”*<sup>17</sup>. Luego continúa señalando que *“En consecuencia, para que la Corte Penal Internacional sea un tribunal establecido para juzgar delitos cometidos en Chile, debe incorporarse al sistema interno mediante una adecuación constitucional”*<sup>18</sup>.

La lógica argumentativa del Tribunal se basa en estimar que hechos que puedan configurar determinados delitos no pueden ser conocidos por tribunales ajenos a los establecidos por la ley chilena por mandato constitucional. Esto, en opinión del tribunal, afectaría la soberanía nacional y la misma Constitución, al ser un tratado internacional el que establezca un tribunal y no la ley. En definitiva, reconocer la CPI implicaría desconocer la Constitución y dejar los derechos en un plano de desprotección.

Esto es criticable por varios motivos. En primer lugar, porque es la misma Constitución la que establece como límite a la soberanía el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que estén recogidos por tratados internacionales sobre la materia. En el caso bajo análisis, el Estatuto de Roma constituye un tratado internacional que versa sobre derechos esenciales, como son el derecho al debido proceso, a una resolución fundada y a que se investiguen hechos que puedan configurar delitos contra los derechos humanos. Por tanto, es una limitación a la soberanía que la misma Constitución permite. En segundo lugar, el Tribunal no toma en cuenta que la competencia que ejerce la CPI es subsidiaria, por lo que dicho tratado no le quita competencia a los tribunales internos, sino que actúan a falta de estos

---

<sup>17</sup> Tribunal Constitucional, sentencia rol N° 346-2002, considerando 51.

<sup>18</sup> Tribunal Constitucional, sentencia rol N° 346-2002, considerando 58.

o cuando su actuar provoca una indefensión. En este sentido, es la misma reforma a la Constitución la que establece que “*Al efectuar este reconocimiento [de competencia a la CPI], Chile reafirma su facultad preferente para ejercer su jurisdicción penal en relación a la jurisdicción de la Corte. Esta última será subsidiaria a la primera, en los términos previstos en el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional*”.<sup>19</sup>

Al respecto Nogueira señala que “*El concepto de soberanía que usa el tribunal Constitucional es pre-Segunda Guerra Mundial, desconociendo o desnaturalizando el verdadero sentido y alcance del inciso 2° del artículo 5°*”.<sup>20</sup> Esto no deja de llamar la atención cuando tenemos en cuenta que justamente el objetivo del inciso segundo al que el autor hace referencia es abrir la puerta a los tratados internacionales sobre derechos humanos, lo que se ha denominado como el “bloque de constitucionalidad”. Nogueira incluso agrega que “*Una vez más el fallo de mayoría del Tribunal Constitucional asume una concepción de Constitución testamento o estatua, quedándose en la voluntad de la Junta de Gobierno del régimen autoritario militar, en vez de asumir la perspectiva de una interpretación actualizadora de las normas constitucionales con forme a los valores y perspectivas democráticas*”.<sup>21</sup>

En todo caso, no sería justo indicar al TC como el responsable de una demora de 11 años en la ratificación del Estatuto. Esto porque, en materia internacional, la responsabilidad es del Estado y, por lo tanto, los poderes ejecutivo y legislativo deben cumplir con la formalidad establecida por el TC de manera tal de modificar la Constitución permitiendo la ratificación del Tratado. El compromiso internacional del Estado no se agota únicamente en la firma de un tratado, sino que incluye adoptar todas las medidas para que éste sea vinculante, lo cual en este caso pasaba necesariamente por una eficaz ratificación del tratado, que tardó 11 años.

Así, fue dentro de este escenario que durante 2009 se aprobó la ley 20.352 que autorizó al Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma que creó

19 Constitución Política de Chile, disposición transitoria Vigésimocuarta, inciso segundo, introducida por la ley 20.352.

20 Nogueira, Humberto; “Consideraciones sobre el Fallo del Tribunal constitucional respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional” en 8 *Ius et Praxis*, 563-581.

21 Nogueira, op. cit.

la CPI. Dicha modificación se traduce específicamente en que “*El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional...*”<sup>22</sup>. Dicha redacción no es muy clara, ya que utiliza el vocablo “podrá”, como si la ratificación fuese una prerrogativa meramente facultativa del Estado que pudiera ejercer en cualquier momento. Aún así, dicha advertencia es fútil al ya haberse ratificado dicho tratado.

Esta ratificación se traduce finalmente en un Estado que cumple con sus obligaciones internacionales y, principalmente, en una ampliación del bloque de constitucionalidad, lo cual implica una mayor garantía en que el Estado cumpla su obligación de investigar, sancionar y hacer ejecutar lo sentenciado.

### **b. Inscripción automática y voto voluntario**

Desde sus inicios, la Constitución ha establecido —en su artículo 15— que el sufragio es personal, igualitario y secreto. Estos tres atributos han caracterizado a dicha forma de manifestación política. Con todo, la Constitución establecía que, para quienes estuvieran inscritos, el sufragio sería, además, obligatorio. De esta forma, se consagraba un sistema de inscripción voluntaria y de sufragio obligatorio para quienes se inscribieran.

Este sistema, principalmente en períodos de elecciones presidenciales, ha sido objeto de debate en torno a qué sistema asegura una mayor participación ciudadana. El tema está, entonces, en definir qué visión adoptar frente al sufragio: como derecho o como obligación. En palabras de Vivanco, dicha legitimidad estará dada por el “*consenso con el que debe contar el mando por parte de quienes deben obedecerlo, para que cuente con efectiva obediencia de la comunidad*”.<sup>23</sup> Dicho consenso estará dado por un sistema que permita la posibilidad de que todos participen, aún cuando no todos voten.

Este punto genera un álgido debate en la doctrina. Para Chuaqui, la obligatoriedad de la participación electoral no constituye una infracción de la libertad personal. Se basa en Arend Lijphart al señalar que “*la participación electoral obligatoria satisface más adecuadamente las promesas igualitarias de la democracia por cuanto... en los sistemas voluntarios los que no participan tienden a perte-*

22 Constitución Política de Chile, disposición transitoria Vigésimocuarta, introducida por la ley 20.352.

23 Vivanco, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional. Tomo I*, (Ediciones Universidad Católica) 2007, 51.

*necer mayoritariamente a los niveles socioeconómicos más bajos*".<sup>24</sup> El argumento aquí es que una ínfima intromisión en la libertad del individuo –como es la obligación de votar– cumple un fin auténticamente democrático, cual es la protección de la libertad individual de la persona. Aún más, Chuaqui señala que *"los que no votan, son en efecto free riders, o polizones, que se benefician de un sistema democrático que protege sus libertades sin contribuir a la custodia y promoción de esta protección"*.<sup>25</sup>

En contraposición a este argumento, Sierra considera el sufragio como derecho, sujeto a la libre voluntad del ciudadano en ejercer o no su facultad, siendo toda intromisión del Estado (como sería establecer la obligatoriedad del voto) una afectación a la libertad individual de la persona. En palabras del autor, *"el voto voluntario refleja en la forma más nítida el carácter del voto como un derecho... que se tiene frente al poder políticamente organizado en el Estado e incluso, como todo derecho básico, se puede llegar a tener contra el Estado"*.<sup>26</sup> Para Sierra, este sistema debe ser promovido además por una razón de integración. En su entender, *"si hay una masa con ideas radicalmente distintas de la mayoría, es preferible que ella esté incorporada a los mecanismos formales de la comunidad política, antes que al margen de ellos"*.<sup>27</sup>

En otras palabras, establecer el sufragio como derecho permite una libre participación en el debate público de ideas –en este caso políticas– de manera tal que se vean confrontadas todas las que quieran participar sin barreras de entrada, como ha sido en Chile el requisito de la inscripción previa. Si puedo votar voluntariamente, voy a querer que mis ideas sean escuchadas ya que estaré integrado al sistema y la decisión final será relevante a mis intereses. Sobre esto, Fiss es muy claro al señalar que *"el hecho de que el resultado se vea alterado como consecuencia de la ampliación del debate no debe ser motivo de preocupació(n). Lo que la democracia exalta no es simplemente la elección pública, sino la elección pública que se hace con toda la información y en condiciones adecuadas de reflexión"*.<sup>28</sup>

24 Chuaqui, Tomás; "Participación electoral obligatoria: una defensa", 188. Disponible en [http://www.cepchile.cl/dms/archivo\\_4276\\_2380/tchuaqui\\_LibroModernizacion.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4276_2380/tchuaqui_LibroModernizacion.pdf)

25 Chuaqui, op. cit., 197.

26 Sierra, Lucas; "El voto como derecho: una cuestión de principios", 168. Disponible en [http://www.cepchile.cl/dms/archivo\\_4275\\_2379/lssierra\\_LibroModernizacion.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4275_2379/lssierra_LibroModernizacion.pdf)

27 Sierra, Lucas;; op. cit., 166.

28 Fiss, Owen; *La ironía de la libertad de expresión*, (Gedisa Editorial) 1999, 36.

El establecer el sufragio como un derecho obliga a cambiar un sistema obligatorio de escrutinio, integrando más voces políticas al debate. Así, el punto no pasa únicamente por dirimir qué sistema implementar, sino que –ya sea en uno o en otro– la información veraz y oportuna hacia los ciudadanos juega un rol fundamental.

La Constitución, en su artículo 19, no hace mención al derecho a sufragio, pero sí hace referencia a éste de manera directa e indirecta a lo largo del texto. De manera directa porque, tal como se señaló anteriormente, el artículo 15 consagra el sufragio como personal, secreto e igualitario y, para quienes estén inscritos, obligatorio (solo una vez que se apruebe la LOC respectiva, entrará en vigencia la reforma constitucional en materia que establece el voto voluntario). Esto llama la atención, ya que a continuación el artículo 16 se refiere al derecho de sufragio: es decir, la Constitución establece un derecho que es obligación ejercer. Si vemos el sufragio como una obligación, no es apropiado tratarlo como derecho, ya que es de la esencia de todo derecho el que cada persona opte a ejercerlo o no. En palabras de Sierra, “lo que no puede haber es un deber jurídico de votar, pues, el deber jurídico hace mutar el carácter de voto como derecho, transformándolo en un deber”.<sup>29</sup>

De manera indirecta, se puede argumentar que el voto es un derecho si partimos de la premisa que el sufragar es un acto de expresión, consistente en una manifestación política que se ejerce de manera secreta para que cada persona esté libre de toda presión externa en su decisión. Así, cuando el artículo 19 N° 12 de la Constitución asegura la libertad de emitir una opinión por cualquier medio y forma, podemos aplicar estas características al voto ya que es una manifestación de una opinión política, ejercida mediante el trazado de una raya en una papeleta y de forma secreta en la urna.

En este sentido, el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece como derecho político de todo ciudadano el de “*votar y ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores*”.<sup>30</sup>

---

29 Sierra, op. cit., 167.

30 Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 23.1.b.

Tal como se ha señalado, este artículo configura el sufragio como un derecho de toda persona y como una expresión de tipo político.

Esto ha sido confirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Yatama vs. Nicaragua*. En dicha sentencia la Corte señala que “*El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán.*”.<sup>31</sup>

A mayor abundamiento, el artículo 1 de la Constitución establece como deber del Estado que este contribuya “*a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible*”.<sup>32</sup> Desde este punto de vista, mediante la inscripción automática se permite que todos los ciudadanos queden en libertad de ejercer su derecho. Así, el ejercer o no este derecho quedará como decisión de la persona y no como una imposición del Estado. Si el hecho de votar implica para una persona una realización espiritual o material, estará en la libertad de hacerlo, al igual que la persona para la cual no sea así. De este modo, si para el Estado es un deber para con las personas, correlativamente es un derecho de las personas exigible al Estado.

Sobre este punto, Eduardo Aldunate es muy preciso al señalar que “*Forma parte del contenido mismo de las libertades, el que su titular pueda no hacer ejercicio de ellas hasta el punto de desprenderse de su contenido*”.<sup>33</sup> Observa además que “*Lo que protege la Constitución es al titular de un derecho frente a intromisiones en su ejercicio, pero no le impone una modalidad específica de este ejercicio... Cualquiera sea el derecho que se pretende proteger en contra del ejercicio de la libertad de su titular, la ‘protección’ significará una restricción de esa libertad*”.<sup>34</sup>

Si se otorga al sufragio las características de un derecho, la pregunta es a continuación si la modificación a la Constitución introducida por la ley 20.337

31 Corte IDH, sentencia caso *Yatama vs. Nicaragua*, 23 de junio de 2005, párrafo 198.

32 Constitución Política de la República, Artículo 1, inciso tercero.

33 Aldunate, Eduardo; *Derechos Fundamentales*, (Editorial Legal Publishing), 2008, 161.

34 Aldunate, op. cit.

del 4 de abril de 2009 efectivamente establece el sufragio como un derecho y no como una obligación. El nuevo texto señala “*En las votaciones populares, el sufragio será personal, igualitario, secreto y voluntario*”. Así, quienes cumplan los requisitos exigido por la Constitución y la ley, quedarán por el solo ministerio de la ley incorporados en el sistema de registro electoral. De este modo, vemos que la voluntariedad ya no está en la decisión de inscribirse en los registros electorales, sino que en ejercer o no el derecho a voto. Así, al estar la voluntariedad en el ejercicio, queda dentro del criterio de cada persona votar o no, no siendo objeto de intromisión por parte del Estado.

Este sistema permite una mayor libertad para cada individuo. Primero, porque quien quiere votar no se ve obligado a cumplir trámites que entran el ejercicio, como era el hecho de inscribirse en los registros electorales. En segundo lugar, porque el requisito de inscribirse en los registros obligaba a la persona en toda circunstancia (salvo contadas excepciones) a votar en todas las elecciones que hubiesen a futuro, lo cual afecta el derecho de quien libre y voluntariamente ha decidido no votar. Desde este punto de vista, el abstenerse de votar no implica una falta de compromiso con la sociedad, sino que es una expresión manifestada en una omisión.

Junto con esto, la inscripción automática rompe con los cálculos políticos. Cuando todos pueden votar, quienes quieran someterse a cargos de elección popular no podrán dirigir su discurso a quienes están inscritos, dejando de lado los intereses de quienes no lo están, sino que por el contrario, se verán forzados a plantear políticas públicas que beneficien a todas las personas. En este mismo sentido, la no participación en las elecciones debiese ser un llamado de atención para la clase política.

#### *Problema práctico.*

Si bien fue aprobada la modificación constitucional, ella misma establece como disposición transitoria que ésta regirá a partir de la entrada en vigencia de la respectiva ley orgánica constitucional que exige el artículo 18 de la Constitución.

Dicho proyecto de ley está en primer trámite constitucional en el Senado<sup>35</sup>, habiendo sido ingresado en marzo de 2009. Así, una importante modificación al texto positivo de la Constitución queda incorporada solo de manera nominal hasta que el respectivo proyecto de ley que regula los aspectos técnicos de esta modificación sea aprobado. Así, el avance que implica este sistema respecto de la inscripción voluntaria y voto obligatorio, queda consagrado como letra muerta. El proceso de incorporar un sistema de voto voluntario no acaba con la mera modificación a la constitución, sino que es necesario tomar todas las medidas necesarias para que dicha modificación quede plenamente vigente. Un derecho consagrado de manera meramente literal, pero sin las garantías y requisitos para que sea ejercido, termina siendo en la práctica lo mismo que no haber modificado el artículo 15 y 18 de la Constitución. Esto por la simple razón que los ciudadanos siguen incapacitados de ejercer el derecho, aun cuando este esté aparentemente consagrado.

Sobre este punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que *“La Corte [Interamericana de Derechos Humanos] entiende que, de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención [Interamericana de Derechos Humanos], el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales”*.<sup>36</sup>

Es de esperar que dicha ley sea prontamente aprobada, porque la entrada en vigencia de la modificación en cuestión implica agregar a nuestra parchada democracia más mecanismos de participación y de libertad para todos los ciudadanos.

35 Para más información véase boletín 6418-07 en [www.senado.cl](http://www.senado.cl)

36 Corte IDH, sentencia caso Yatama vs. Nicaragua, 23 de junio de 2005, párrafo 201. Lo destacado es del autor.



## Conclusiones

¿Por qué existe aún una Constitución que fue elaborada durante un gobierno militar? ¿Hay una afectación a la soberanía interna con la ratificación del Estatuto de Roma por parte del Estado chileno? ¿Es un derecho o una obligación el sufragio? Estas son las tres preguntas centrales sobre las cuales brevemente en estas páginas he querido aportar al debate público. Si bien es ambicioso querer responderlas, sí parece razonable emitir una opinión jurídica sobre temas que no son menores en una sociedad democrática como la nuestra. Así, estas se pueden resumir en las siguientes:

1. En materia de reformas constitucionales, se puede constatar una Constitución que ha sido objeto de continuas modificaciones en sus 30 años de existencia. Por eso se ha utilizado el término de Constitución parchada, es decir, un cuerpo normativo que ha debido ir adaptándose a los cambios sociales, culturales, políticos y económicos no de forma natural, sino que mediante alteraciones reiteradas con un promedio de prácticamente una reforma por año (27 leyes modificatorias en 30 años, sin olvidar que cada ley contiene más de una modificación).

Este continuo proceso se debe a problemas en la génesis de nuestra ley fundamental, al haber sido ésta elaborada por un poder constituyente originario de facto, a puertas cerradas, sin participación por parte de la sociedad civil y con un plebiscito criticado fuertemente por no contar con garantías mínimas. Esto, como se señaló anteriormente, no es menor, toda vez que genera dudas sobre la legitimidad de la voluntad del pueblo en aprobar dicha Constitución. Una falsa legitimación no conlleva un cumplimiento natural de los mandatos de la Constitución.

Además, es necesario reiterar que no es objeto de este trabajo señalar que todo cambio a la Constitución es negativo *per se*, sino que son diversos los factores que se deben analizar, especialmente si los cambios son de tal magnitud que se está derogando el texto original. Si bien las modificaciones a nuestra Constitución no han implicado una derogación de ésta, sí van en una dirección contraria al espíritu del poder constituyente originario, creando más espacios de participación ciudadana y más fiscalización sobre el Estado y sus autoridades.

La nula voluntad política en crear un nuevo texto constitucional ha jugado un rol central en la mantención de la actualmente vigente. Chile tiene una tradición histórica longeva en esta materia, con tres últimas constituciones muy separadas en el tiempo. Existe un temor a un cambio radical, sumado a que el costo de crear una nueva constitución pareciera ser mucho mayor al costo de mantener la actual.

De este modo, y en atención a las causas que autores extranjeros han desarrollado, no se ve que haya en el futuro cercano una nueva constitución, menos aún cuando en nuestro país impera un sistema binominal que obliga a realizar políticas de acuerdo y con una Constitución que establece altos quórum para su modificación.

2. En cuanto a la ratificación por parte del Estado Chileno del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, es necesario recalcar que con este paso se ha potenciado el bloque de constitucionalidad reconocido en el artículo 5, inciso segundo de la Constitución, y se ha dejado atrás un concepto antiguo de soberanía; hoy los organismos que ejercen jurisdicción internacional tienen un rol fundamental, toda vez que, de forma subsidiaria a los tribunales internos, ejercen jurisdicción sobre casos de violaciones a derechos humanos.

3. Finalmente, con la consagración constitucional de la inscripción automática y voto voluntario, se ha dado un paso importante en la eliminación del sistema existente y el establecimiento del sufragio como un derecho. Este cambio implica una integración al debate público de sectores de la sociedad que estaban apartados. Así, el rol del Estado cambia profundamente debido a que, al considerar el sufragio como una obligación, se acepta una mayor intromisión por parte del Estado, que lo faculta para regular sin límites claros. En cambio, al ser este un derecho, constituye un límite para el Estado, pudiendo regular limitadamente el ejercicio del sufragio, sin realizar actos de disposición sobre el mismo.