



LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS COMO GUARDIANA DE LA DEMOCRACIA CHILENA: EL CAMBIO CONSTITUCIONAL DESDE DENTRO Y DESDE FUERA (*)

**The inter-american commission on Hhuman Rights as guardian of the chilean
democracy: the constitutional change from within and from without**

Walter F. Carnota

Universidad de Buenos Aires

wcarnota@hotmail.com



Abogado UBA. Doctor en Derecho UBA. Profesor Titular Regular de la Facultad de Derecho UBA. Profesor Titular Regular de la Facultad de Ciencias Económicas UBA. Director Académico del Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Director del Centro de Economía y Gestión Judicial de la Facultad de Ciencias Económicas UBA. Profesor Titular UCES, USAL, ECAE y UCC. Conferencista nacional e internacional. Juez Federal de la Seguridad Social de la Capital Federal.



Resumen || La constitución chilena de 1980 previó senadores electivos y no electivos. Esta particularidad hizo que los autores detectaran la existencia de ‘enclaves autoritarios’ dentro de ese sistema político. La lógica de la representación en el caso de los legisladores no electos era funcional o corporativa. La Constitución era una pantalla para coonestar el ejercicio autoritario del poder. Con el advenimiento de la democracia en 1990, se renovaron los reclamos para eliminar los legisladores vitalicios y designados. Sucesivos gobiernos intentaron realizar cambios constitucionales en este sentido sin éxito. Recién en 2005 se logra una enmienda constitucional en este sentido. Sin embargo, ya en 1999 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe Aylwin había señalado el carácter anti-democrático de esta institución, y la violación de los derechos políticos contemplados por el art. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Palabras Claves || Proceso de Democratización en Chile - Constitución de 1980 - Reforma Constitucional de 2005 - Comisión Interamericana de Derechos Humanos - Incidencia del derecho internacional en las revisiones constitucionales.

Abstract || The 1980 Constitution of Chile created two different categories of Senators: elected Senators and non-elective Senators. This feature prompted authors to highlight the existence of ‘authoritarian pockets’. Representation was not strictly political but organic or functional. Constitutional governance was a sham just to conceal authoritarianism. As democratic life resumed in 1990, new claims were made against life and appointed Senators. Successive civilian governments were unable to change the Constitution as far as this matter was concerned. In 2005, a constitutional amendment was passed and non-elective Senators were thrown away. Six years before, the Inter-American Commission on Human Rights in the Aylwin Report stated the undemocratic character of these officials and the subsequent violation of political rights contained in Article 23 of the American Convention on Human Rights.

Keywords || Democratization Process in Chile. Chilean Constitution of 1980 - Constitutional Reform of 2005 - Inter-American Commission of Human Rights/Influence of International Law on constitutional revisions.

1. Introducción

Uno de los aportes más significativos - entre tantos- que se registran de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a lo largo de sus sesenta años de existencia, fue la redacción del informe recaído en la petición “Aylwin, Andrés” escrito en 1999¹. Dicho reporte sirvió de contexto en el proceso constituyente reformador chileno de 2005, al eliminarse la figura de los “senadores no electos” del diseño constitucional que contenía la Carta de 1980. Si bien en la discusión parlamentaria dicho informe no va a ser mencionado de manera explícita, indudablemente proveyó el marco de referencia para que tal cambio se produjese.

La reforma constitucional operada por la ley 20.050 en ese año 2005 desmontaba de ese modo un “enclave autoritario”², al haberse consagrado en su momento legisladores seleccionados por fuera de los mecanismos habituales de elección popular por regiones. Ya no se trataba, por cierto, de senadores electos de manera indirecta, sino que la instalación de los mismos obedecía a un dispositivo completamente distinto del paradigma de la participación democrática contemplada en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos (o “Pacto de San José de

Costa Rica”), acercándolo a modelos de representación orgánica, funcional o corporativa. La lógica de la representación era otra: la pertenencia a tal o cual grupo.

Esta categoría de legisladores, comprensiva de senadores vitalicios y de senadores designados, atrasaba y estorbaba significativamente el proceso de consolidación democrática en Chile³. La alta misión democratizadora de la Comisión Interamericana alertó sobre este estado de cosas, y ello coadyuvó para que en agosto de 2005, la reforma constitucional chilena eliminase de cuajo esta cuestionable institución.

Las recientes protestas en Chile como índice de un grave conflicto subyacente y el establecimiento del día 26 de abril de 2020 como fecha de votación en un plebiscito acerca de la reforma de la Constitución pinochetista de 1980, añade un condimento más de interés, que hace que esta problemática no sólo adquiera valor retrospectivo sino también prospectivo.

2. La Constitución autoritaria de 1980

Se ha dicho que “la carta de 1980 estableció originariamente un régimen presidencialista autoritario, con un desequilibrio entre el Ejecutivo y el Parlamento a favor del primero,

(*): Este trabajo tiene como base la ponencia académica presentada en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 2 de octubre de 2019, ciudad de Washington.

1 COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Informe Núm. 137/99”, recaído en el Caso 11863, Andrés Aylwin Azócar y otros, 27 de diciembre de 1999. Su principal actor fue un prominente luchador de los derechos humanos, diputado entre los años 1989 y 1998, y hermano del primer presidente de la restauración democrática chilena, Patricio Aylwin.

2 En una terminología muy seguida por los autores y políticos chilenos. Ello, por el otro lado, se compadece con lo sucedido con el sistema interamericano de tutela de los derechos humanos, en cuanto “el contexto en el que se desarrollan los principales instrumentos e instituciones de protección regional de los derechos humanos es el de

la transición de regímenes autoritarios militares a sistemas de representación electoral. Es decir, si bien la genealogía del sistema interamericano es paralela a los procesos de democratización, el punto de partida son los sistemas autoritarios”. CABALLERO OCHOA, José Luis, y RABAGO DORBECKER, Miguel, “Artículo 23. Derechos Políticos”, en STEINER, Christian, y URIBE, Patricia, (Editores) (2014), Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario, Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung y Eudeba, p. 554, nota 6.

3 Es que los senadores no electos “tenían en la práctica un poder de veto a las reformas democráticas del aparato de Estado heredado de la dictadura”. RELEA, Francesc (2000), “La figura de senador vitalicio viola los derechos humanos, según la OEA”, EL PAIS: Madrid, 20 de enero.

con un poder militar autónomo y con capacidad de veto sobre sus decisiones”⁴. No obstante la reforma de 1989, el régimen allí delineado “mantiene importantes enclaves autoritarios a través del Consejo de Seguridad Nacional y sus atribuciones, la existencia de senadores designados, la relativa autonomía de las fuerzas armadas y la integración del Tribunal Constitucional, además de un sistema electoral parlamentario hecho a la medida para impedir una adecuada y justa representación de las mayorías, al potenciar una sobrerrepresentación de la segunda fuerza electoral en desmedro de la primera e impedir la representación de todas las fuerzas políticas”.⁵

La idea de los autores de la Constitución chilena de 1980, congregados en la llamada “Comisión Ortúzar”, fue la instauración de una *democracia autoritaria*, o de una *democracia protegida*, valgan las contradicciones *in adiectio*. De allí la derivación de instituciones con un fuerte sesgo autocrático, como el Senado que venimos examinando. Así, “los artículos permanentes de la constitución incluían provisiones extremadamente contramayoritarias comúnmente referidas como ‘enclaves autoritarios’ porque desplazaban áreas de autoridad y de poder de decisión fuera de las autoridades electas”.⁶ En síntesis, “a diferencia de la Cámara de Diputados, en el período 1990-2006 la representación en el

Senado fue distorsionada por la presencia de senadores designados o institucionales”.⁷

Es que los redactores de este documento trasuntaban básicamente una marcada desconfianza hacia los canales habituales de participación democrática por medio de elecciones. “La nueva carta intentó asegurar que Chile no retornaría en lo sucesivo a lo que Pinochet llamaba de manera despectiva una ‘partidocracia’, queriendo con ello significar la captura demagógica de las élites de los partidos políticos”.⁸ El texto así sancionado en definitiva representó, ni más ni menos, que *una constitución sin constitucionalismo*, ya que la Carta estaba muy lejos de limitar al poder, que es el principal anhelo de todo intento de constitucionalismo.⁹

La divergencia fue bien explicada en su momento por Karl Loewenstein, quien expresaba que: “En nuestro tiempo el término ‘constitucionalismo’ ha devenido ambivalente porque la autocracia contemporánea -y en esto difiere de sistemas políticos similares del pasado pretecnológico- se halla en el hábito de otorgarse una ‘constitución’ escrita. Como se ha mencionado con anterioridad, ello se ha transformado en la práctica estándar en regímenes tanto autoritarios como totalitarios; de puro palabrerío se rinde homenaje a la legitimidad democrática. En este sentido estrictamente nominal hasta las autocracias son ‘constitucionales’.

⁴NOGUEIRA ALCALA, Humberto (2005), *Constituciones iberoamericanas*. Chile, México: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 75.

⁵Ídem. El subrayado nos pertenece.

⁶ALBERTS, Susan; WARSHAW, Chris y WEINGEST, Barry R., “Democratization and Counter-majoritarian Institutions (Power and Constitutional Design in Self-Enforcing Democracy)”, en GINSBURG, Tom (Editor) (2012), *Comparative Constitutional Design*, New York: Cambridge University Press, p. 88.

⁷ESCUADERO I., María Cristina, “El Congreso Nacional: organización y funciones”, en HUNEUUS, Carlos, y AVENDAÑO, Octavio (Editores) (2018), *El Sistema Político de Chile*, Santiago: LOM Editores, p.128.

⁸COUSO, Javier A., “The Judicialization of Chilean Politics: The Rights Revolution that never was”, en Sieder, Rachel; Schjolden, Line y Angel, Allan (Editores) (2005), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York: Palgrave Macmillan, p. 109.

⁹LOEWENSTEIN, Karl (1965), *Political power and the Governmental Process*, Chicago: The University of Chicago Press, p. 70.

Que el proceso del poder se adecue en sustancia a los requerimientos del constitucionalismo depende de los arreglos reales para el ejercicio del poder político”.¹⁰

En definitiva, “con respecto a la débil institucionalización, ésta tuvo un punto de inflexión en 1980 cuando se promulgó la Constitución. Sin embargo, conviene resaltar que todo el proceso de institucionalización llevado a cabo ha actuado como ‘cortina de humo’ en torno al poder personal del general Pinochet”.¹¹ Se trata de un ejemplo de una “Constitución débil”¹²: poca teoría y menos praxis aún.

No se trataba, por cierto, como muchas veces ocurre, de una “Constitución deshonesta”. El documento era congruente con un estilo autoritario de ejercicio del poder. El Senado integrado de la manera originaria actuaba de freno a cualquier intento de regeneración democrática. No había hipocresía: se era abiertamente no democrático.

Por lo demás, con justeza se la ha calificado a la Constitución de 1980 como insular. Es que se evidenció:

La decisión del constituyente de configurar una Constitución aislada del sistema de protección internacional. La Constitución Política de 1980 se dictó en el contexto del régimen dictatorial vigente en Chile desde fines de 1973. El usurpador del poder constituyente originario no se decidió por la apertura al sistema internacional de protección de los derechos humanos. Por el

contrario, la versión original de la Constitución Política adoptó una posición defensiva en materia de relaciones internacionales.¹³

En definitiva, ya el texto primigenio mostraba una notoria *resistencia al derecho internacional*, que se extenderá a los operadores constituyentes reformadores (Congreso con mayoría elevada) y hasta los judiciales como veremos.

3. El Informe Número 137/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (*Caso 11.683, Andrés Aylwin y otros*). El planteo.

La Comisión Interamericana dictó el Informe de la referencia con fecha 27 de diciembre de 1999, donde emitió opinión en la petición incoada por Andrés Aylwin¹⁴ y otros ciudadanos chilenos, quienes habían alegado que las figuras de los senadores vitalicios (Augusto Pinochet) y de los senadores designados, contemplados en el art.45 de la Constitución chilena de 1980, violaban los derechos políticos consagrados en el art.23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 24 del mismo instrumento, que reconoce el derecho a la igualdad. La existencia de senadores no electos “distorsiona la soberanía popular, lo cual implica que las elecciones dejan de ser ‘auténticas’”.

¹⁰ LOEWENSTEIN, Karl, ob. cit., p. 71.

¹¹ ALCANTARA SAEZ, Manuel (2013), *Sistemas Políticos de América Latina*, vol. I, Madrid: Tecnos, p. 160.

¹² Se sigue aquí la terminología propuesta por LAW, David S., y VERSTEEG, Mila (2018), *Constituciones aparentes*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 54.

¹³ HENRIQUEZ VIÑAS, Miriam, y NUÑEZ LEIVA, José Ignacio (2017), “Control de convencionalidad en Chile: Un soliloquio en ‘El laberinto de la Soledad’”, en HENRIQUEZ VIÑAS, Miriam, y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Coordinadoras), *El Control de Convencionalidad (Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile)*, Santiago de Chile: DER Ediciones, p. 381.

¹⁴ Cabe destacar que Andrés Aylwin había escrito un trabajo sobre el tema de los senadores vitalicios y designados en 1997. En la sesión del 7 de enero de 1998 en la Cámara baja, el entonces diputado expresó, ante la inminencia de la asunción de Pinochet como Senador vitalicio, que ello “no sólo tergiversa aún más la soberanía popular, sino que también genera un clima que en nada ayuda a la reconciliación entre chilenos y el reencuentro entre civiles y militares. Además, su presencia, sin lugar a dudas, implicará un grave deterioro de la imagen internacional de nuestro país en el extranjero y muy especialmente de su poder legislativo”.

Quedaba en claro en las alegaciones de los peticionantes que el voto, en este esquema de ingeniería constitucional, dejaba de ser “igual”, dado que nada menos que más del 20 % del Senado iba a ser seleccionado mediante procedimientos de selección *corporativa*, en donde pocas personas serían las que decidieran y lo que estaría siendo representado serían grupos.

En definitiva, estos mecanismos quebrantaban “la esencia de la institucionalidad democrática”, violándose la igualdad de sufragio y la soberanía popular. Por lo demás, esta categoría constituía un “cerrojo que hace prácticamente imposible la modificación de las instituciones no democráticas establecidas en la Constitución chilena”.

4. El valor de la *democracia representativa*

Debe quedar en claro, desde el vamos, que como en todo sistema jurídico, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos no sólo contiene *normas*, sino que expresa *valores*. Normas y valores se encaminan juntos a su plena realización en el campo de las conductas¹⁵.

La Comisión viene a resaltar en este Informe la estrecha vinculación existente entre democracia representativa y la efectiva protección de los derechos humanos. Se identifica y detecta una “relación orgánica” entre ambas, contemplada en la preámbulo de la Carta de la OEA - según el Protocolo de Cartagena de

1985- y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. XX). Con la suscripción de la Convención Americana de Derechos Humanos en 1969, ello se advierte en el ya citado art.23. En este sentido, la Corte Interamericana -órgano judicial creado por el propio Pacto de San José de Costa Rica- señaló sin ambages en su OC-13 que “la democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte”¹⁶.

Se resalta en este informe que el total de senadores no electos en la Constitución Política de 1980 llegaba a 20,83 %, configurando en la práctica el famoso “*enclave autoritario*” (parágrafo 67) del que tanto se hablaba en Chile.

5. Lecciones para el diseño constitucional

Ya el famosísimo artículo 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano preveía que: “Toda sociedad en la que no se reconozcan los derechos ni se divida al poder carecer de constitución”. Se fijaban así, desde los orígenes del constitucionalismo, los llamados “mínimos constitucionales”, que a la postre serán las dos porciones que muestre todo texto supremo: la “parte dogmática” (el *bill* de derechos) y la “orgánica” (la división o separación de poderes).

Se entiende que el sistema interamericano de derechos humanos, como todo diagrama de tutela de los mismos, atiende a la promoción de los derechos, y no le incumbe -en

¹⁵ Sucede que “la funcionalidad sociocultural de un tal sistema de valores arrima un factor positivo para la posible realización empírica de los derechos en el régimen político”. BIDART CAMPOS, Germán J. (1989), *Teoría General de los Derechos Humanos*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 272.

¹⁶ “La Corte está concebida como una institución judicial del sistema interamericano (párr. 19, OC-1/82)”. VENTURA, Manuel E. y ZOVATTO, Daniel (1989), *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Naturaleza y principios, 1982-1987)*, Madrid: Civitas, p. 87.

principio- cómo se diseña la estructura del poder. En este informe que referimos, la Comisión es sumamente clara. Ni “el Pacto...impone ningún sistema electoral concreto” (Parágrafo 21), ni “compete a esta Comisión diseñar modelos de cláusulas constitucionales a los efectos de garantizar efectivamente cada uno de los derechos establecidos en la Convención Americana” (Parágrafo 75), ni “se pretende, por tanto, unificar los modelos constitucionales de los países partes de la Convención para obtener la consolidación de un sistema de democracia representativa idéntico en cada uno de los Estados” (Parágrafo 76).

Pero la elaboración de una Constitución, o de su reforma que desemboca en modificaciones textuales de ella, como se ha dicho, es “misteriosa y omnipresente”¹⁷. Una arista interesante para estudiar es la incidencia de *actores internacionales* en la factura de una constitución. El proceso constituyente reformador en Chile insumió al menos cinco años (sin perjuicio de las revisiones que periódicamente se hicieron antes y después de 2005) en cuanto involucró intentos serios por eliminar los susodichos “enclaves autoritarios”, en especial con un Senado que tenía que dar su conformidad para que fuese cambiado. No nos olvidemos que la revisión constitucional chilena la realiza el Congreso Nacional (Cámara de Diputados y Senado) con un quórum muy agravado. De ello dio cuenta la contestación del gobierno

chileno a la Comisión Interamericana, demostrando su frustración porque la Cámara Alta obstaculizaba el cambio. Hay veces que será complejo medir la incidencia de los “actores internacionales” en los procesos de cambio constitucional.¹⁸ Los debates del Congreso chileno que se dieron entre 2000 y 2005 no dan cuenta explícita del Informe Aylwin. Empero, debe hablarse de una influencia “indirecta” u “oculta” que hace que todos los partidos políticos chilenos a la postre aceptasen la supresión de los senadores no electos.

Los comienzos de esta discusión estuvieron signados, por lo demás, por la detención en Londres del ex presidente Pinochet, quien revestía la calidad de senador vitalicio. El arresto domiciliario del militar se dio entre octubre de 1998 y marzo de 2000. El informe Aylwin es pronunciado, como ya fue dicho, en diciembre de 1999.

Consignamos que los argumentos desplegados en el referido Informe son claros y contundentes¹⁹. Cuando la puja se dirime entre el poder y los derechos, prevalecen éstos a la luz del principio *pro homine*, por más “limítrofe” que fuese el caso según el Estado chileno²⁰. Ello no implicó dejar de ser deferentes, o que la Comisión no reconociera el carácter subsidiario del derecho internacional de los derechos humanos. Así, expresó en el parágrafo 99 que la CIDH: “reconoce y respeta el grado de autonomía de los Estados para organizar las instituciones políticas”. Sin embargo, hay una línea roja que no puede dejar pasar: “siempre que se respeten los

¹⁷ BLOUNT, Justin; ELKINS, Zachary y GINSBURG, Tom, “Does the Process of Constitution-Making Matter?”, en GINSBURG, Tom (Editor), *Comparative Constitutional Design*, ob. cit., p. 31.

¹⁸ Idem, p. 49.

¹⁹ Han inspirado, por ejemplo, a Altas Cortes como la constitucional sudafricana. CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDAFRICA, *Doctors for Life International v. Speaker of*

the National Assembly, Caso Núm.12/2005, sentencia del 17 de agosto de 2006, párrafo número 204, nota al pie número 174.

²⁰ AMAYA VILLARREAL, Álvaro Francisco (2005), “El principio pro homine. Interpretación extensiva vs. El consentimiento del Estado”, en *International Law (Revista Colombiana de Derecho Internacional)*, número 5, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, junio, p. 359.

derechos consagrados en la Convención". Es decir, "sólo cuando la diferencia de tratamiento carece de justificación objetiva y razonable estaremos en presencia de una vulneración de los artículos 23 y 24 de la Convención".

Cabe destacar que la Comisión encontró lesionados esos derechos respecto de los peticionarios y de la sociedad chilena en su conjunto. En esta línea de pensamiento, se exhorta al Estado chileno a:

Adoptar las medidas necesarias para adecuar su ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de la Convención Americana, a fin de que se garantice plenamente a todos los ciudadanos chilenos, incluidas las víctimas en el presente caso, el ejercicio de su derecho a votar y a ser elegidos en condiciones generales de igualdad consagrados en los artículos 23 y 24 de la Convención Americana, en la composición del Senado de la República, como órgano legislativo bicameral de representación popular del Congreso de ese país.

6. La reforma constitucional de 2005

Cabe destacar, dentro de un proceso de gradual democratización, que:

En 2005, un año antes del fallecimiento de Pinochet, Lagos logró aprobar en el Congreso varias enmiendas constitucionales tendientes a eliminar los enclaves autoritarios que habían permitido hasta ese momento la participación en política de personajes como

Pinochet o algunos militares de la época de la dictadura. De esta forma, dichas enmiendas eliminaron la figura de los senadores vitalicios y la prohibición que tenía el Jefe de Estado de nombrar a los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas. Además, transformaron el Consejo de Seguridad Nacional en un órgano netamente consultivo, lo que en la práctica se tradujo en reducción del poder de los militares en la toma de decisiones del Estado.²¹

A la postre,

El Senado de la República recupera su plena representatividad democrática al derogarse, por la Reforma, el art.45 original que contemplaba la existencia -junto a los senadores elegidos y con igual rango y poder- de los senadores vitalicios, que eran los ex Presidentes de la República que lo hubieran sido por seis años continuos; y los senadores designados, que lo eran -en número de nueve- por la Corte Suprema, el Presidente de la República y el Consejo de Seguridad Nacional.²²

La reforma operada en 2005 fue fruto de un lustro de iniciativas y de debate²³. Finalmente, se aprobaron en conjunto 54 reformas, entre ellas la de la composición del Senado. Cabe destacar que la eliminación de los senadores "institucionales" fue votada favorablemente por unanimidad del Senado el 6 de octubre de 2004, terminándose todo el mentado proceso de revisión constitucional el 17 de agosto de 2005, publicándose la ley 20.050 con fecha 26 de agosto.

²¹ALCANTARA SAEZ, Manuel, *Sistemas políticos...*, ob. y tomo cit., p. 169.

²²RIOS ALVAREZ, Lautaro (2006), "La reforma de 2005 a la Constitución chilena", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* número 10, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 625.

²³ Si bien se fue forjando un consenso para la eliminación de los senadores no electos, había algunos matices, más o menos leves. Lo mismo acontecía con la doctrina. Así, en un mismo libro, había autores de una postura y otra. Por ejemplo, quien fuese luego miembro del Tribunal constitucional chileno, manifestaba sobre el punto: "Hoy presenciamos la etapa, ojalá final, de un largo, fatigoso y difícil camino que llega a la enmienda de aquellas

disposiciones que no fue posible consensuar en el compromiso transicional de 1989. Trátase de la supresión de los senadores vitalicios y designados...". CEA EGAÑA, José Luis, "El parlamentario en la Constitución", p. 515. Un ex senador se manifestaba por el carácter "suprapolítico" del Senado, en donde resultaría "natural, conveniente y provechoso que participen en él quienes exhiben una larga experiencia pública en actividades apolíticas o suprapolíticas". THAYER ARTEAGA, "Composición mixta u homogénea del Senado. Eventual supresión de senadores designados y vitalicios", p.533. Ambas contribuciones lucen en NAVARRO BELTRAN, Enrique (Ed.) (2001), *20 años de la Constitución Chilena (1981-2001)*, Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur.

Cabe agregar que en fecha reciente se produjo un cambio constitucional en el procedimiento de reforma del plexo de base chileno. En efecto, con posterioridad a los violentos disturbios de octubre de 2019, se firmó al mes siguiente un acuerdo político con el objeto de convocar a un “plebiscito nacional” para auscultar al cuerpo electoral acerca de la modificación de la Constitución existente, una de las principales banderas de los manifestantes.

A fines de diciembre de 2019 se publica la ley 21200 por la que el Congreso reforma el art. 130 constitucional vigente y dispone la realización del precitado plebiscito, con dos preguntas a ser contestadas: una primera acerca de si se quiere una nueva constitución, y un segundo interrogante, sobre qué órgano será el encargado de elaborar la reforma si se aprobase hacerla. Una alternativa es una Convención Constituyente mixta (86 constituyentes elegidos libremente y otros 86 de entre el universo de senadores y diputados), mientras que una segunda vía es la celebración de una Convención Constituyente con el 100 % de sus miembros electos por la ciudadanía. La cita pauta para el plebiscito es el 26 de abril de 2020.

Como se ve, aún hoy quedan vestigios importantes de mediatización política. Incluso hay voces que propugnan el rechazo a una nueva Constitución, pese a que ese estandarte fue el símbolo más visible de las manifestaciones ya referidas.

7. El mal uso del derecho comparado

Algunos quisieron en su momento defender al Senado corporativo de la Constitución chilena de 1980, argumentando que existía en la experiencia comparativa mundial casos de senadores no electivos, como el caso de Irlanda²⁴ o de Paraguay. Sin embargo, estos análisis extravían el contexto o matriz en el que se desenvuelve cada institución, falla letal en los estudios comparados.

En otra ocasión, hemos aseverado que “el contexto controla”.²⁵ Al decir de Norberto Bobbio, no sólo es importante el texto, sino el *contexto*. Cada sistema político ofrece un enjambre o entramado de instituciones, normas de gobierno, valores estampados en la Constitución, ideas y actitudes políticas, en donde pueden registrarse *similitudes* o *analogías*, pero también evidenciarse diferencias significativas. Pensar que la integración del Senado chileno era anodina, o fruto de determinadas coyunturas, es perder de vista el momento político en el que su composición fue diseñada. Cuando se habla tanto en Chile de “enclaves autoritarios” se estaba haciendo referencia a bolsones de resistencia a la transición democrática. Ese es el contexto en el que lamentablemente se desarrollaba la coexistencia de senadores no electos con electivos.

Por los mismos motivos, tampoco nos parece pertinente incluir este caso en los problemas que muchas veces plantea el bicameralismo, concretamente la presencia de una Cámara alta o Senado como caja de

²⁴ DOYLE, Oran (2018), *The Constitution of Ireland (A Contextual Analysis)*, Oxford: Hart Publishing, p. 66.

²⁵ CARNOTA, Walter F. (2014), “Los múltiples usos del Derecho Constitucional Comparado”, en Anuario

Iberoamericano de Justicia Constitucional número 18, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 108.

resonancia de la descentralización territorial²⁶.

8. Conclusiones

En el gradual y lento camino de la eliminación de los senadores no electos en Chile, operaron varios factores endógenos, como fueron el acercamiento de los partidos políticos más progresistas (históricamente propensos a un Senado totalmente electivo) con los más conservadores en este álgido punto, y otros de carácter externo. Entre los primeros, cabe mencionar las negociaciones que entre bambalinas se produjo en el Congreso chileno entre 2000 y 2005, de lo que da cuenta tan sólo parcialmente los debates constituyentes que se incluyen en su totalidad en “Historia de la ley 20.050”, publicada *on line* por la Biblioteca del Congreso Chileno (BCN)²⁷.

Entre las variables exógenas, hay una más política y otra más de legitimidad democrática. La primera estuvo dada por la detención de Augusto Pinochet en la ciudad de Londres entre octubre de 1998 y marzo de 2000, a raíz de un requerimiento del juez español Baltasar Garzón. Pinochet al momento de su confinamiento era ex presidente de Chile, pero también ejercía el cargo de senador vitalicio. Esa condición fue difundida y divulgada a todo el mundo, y como bien había prevenido Andrés Aylwin Azócar, no ponía al Congreso chileno en la mejor luz posible ante los

ojos de millones de personas. Los “enclaves autoritarios” pasaban a tener un rostro individual de vista mundial, asequible en ese momento centralmente por la televisión. La institución del senador vitalicio fue así conocida por todos y adquirió una visibilización innegable. Es decir, dejó de estar recluida en el artículo 45 de la Constitución de 1980, para ser objeto de conocimiento por una audiencia global.

Pero el factor legitimante, tal vez de carácter de “influencia oculta” (*“hidden influence”*) o implícita, que confirió legitimidad a todo el proceso de democratización del Senado chileno, fue sin lugar a dudas el informe Aylwin de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Este organismo también permitió la visibilidad del reclamo de los actores chilenos contra una institución que representaba como pocas una rémora del pasado dictatorial. Quedaba en claro que mientras hubiese senadores vitalicios y designados, Chile tendría una deuda no saldada con la democracia. De todos modos, la mentada incidencia internacional no era reconocida abiertamente²⁸. Suena extraño que a lo largo de un lustro de discusiones no apareciese -ni siquiera en los voceros de los partidos progresistas- alusiones o menciones a un informe específico de la Comisión Interamericana. Sería una suerte de “patriotismo constitucional”²⁹ mal entendido, y no el “encuentro de mentes” que requiere

²⁶ PAU I VALL, Francesc (Coordinador) (1996), El Senado, Cámara de Representación Territorial, Madrid, Tecnos.

²⁷ www.bcn.cl/nc/historia-de-la-ley/6131.

²⁸ Mejor suerte corrió la recepción en los estrados chilenos del control convencional que la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo de las normas de autoamnistía en *Almonacid Arellano*, aunque los autores admiten que “es imposible atribuir el cambio [en la aplicación de la autoamnistía] a una decisión particular de la Corte Interamericana, o a su serie de decisiones. En realidad, la Corte Interamericana proveyó una

herramienta más en la caja...”. HUNEUUS, Alexandra (2010), “Rejecting the Inter-American Court: Judicialization, National Courts and Regional Human Rights”, en COUSO, Javier A.; HUNEUUS, Alexandra y SIEDER, Rachel (Editores), *Cultures of Legality (Judicialization and Political Activism in Latin America)*, Nueva York: Cambridge University Press, p. 123,

²⁹ STERNBERGER, Dolf (2001), *Patriotismo Constitucional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 91.

el “cosmopolitanismo jurídico”. Una visión más parroquial y de entre casa de los fenómenos político-jurídicos, que no atraiga demasiada atención.

Los ejemplos que se colacionaban del derecho constitucional comparado a favor de un Senado mixto no alcanzaban a convencer, porque se daban en otros contextos. Sabido es que el problema de la composición y de las funciones de las Cámaras Altas, allí donde existe el bicameralismo, no es un asunto fácil de desbrozar, pues entra a jugar la variable de la descentralización y otras más que no son comunes a todos los Estados.

Asombraba en el caso chileno la porción significativa del órgano –más del 20%- que no respondía a la elección popular. Su inserción respondió a la “anti-política” que acompañó fielmente al gobierno militar surgido con posterioridad al 11 de septiembre de 1973. La Administración Pinochet consideraba que la diversidad de opiniones políticas había fragmentado tanto al sistema que para esa fecha se había tornado disfuncional. En este entorno, los senadores “institucionales” consagrados en 1980 llevaban la impronta de una clase supuestamente “tecnocrática” contra los representantes de los partidos políticos. La restauración chilena de la democracia fue como ya fue dicho lenta y pausada, sin cambios bruscos. En 1989 no se pudo alterar esa realidad institucional y el primer gobierno constitucional asumió el 11 de marzo de 1990 con el entramado de un quinto del Senado no elegido libremente por el pueblo. La democracia quedaba todavía con un importante margen de “tutela” por parte de factores de poder que contaban directamente con senadores propios de modo estamental.

El informe Aylwin de 1999 confirió legitimidad democrática a lo que se venía largamente esperando por la sociedad chilena. Los argumentos desplegados por la CIDH son tan diáfanos, tan claros y tan precisos, que configuraron “la voz de la razón”. Si se repara en las líneas argumentales seguidas por la CIDH en “Aylwin”, se notarán vectores inquebrantablemente unidos en pos de una mayor democratización y de la plena realización de los derechos humanos de participación política y de igualdad.

Cabe consignar que el neo-liberalismo en Chile, con profundas implicaciones en el terreno económico, dejó una institucionalidad débil y mediatizada. Aún hoy hay voces que esgrimen la defensa de una democracia más mediatizada y no completa. Las protestas y manifestaciones que se sucedieron en todo el territorio a partir de octubre de 2019 llevaron como principal bandera al cambio constitucional, para terminar de una buena vez por todas con una democracia tutelada. Para la política, las argumentaciones extensas y sesudas no siempre son de recibo, ya que no se pueden sintetizar en poco espacio. Sin embargo, son fuente de inspiración de acciones políticas concretas. Aunque el informe Aylwin no haya sido citado de modo puntual en el Congreso Chileno durante el debate parlamentario de la reforma, la autoridad moral de sus afirmaciones hizo que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuyos sesenta años de creación celebramos, fuera la guardiana de la democracia chilena, quien la sostuvo, alentó, inspiró, potenció y ayudó en el camino de su consolidación.

Recibido: 1 de Marzo de 2020.
Aceptado: 1 de Junio de 2020.

Referencias bibliográficas

- Alberts, Susan; Warshaw, Chris y Weingest, Barry R. (2012), "Democratization and Countermajoritarian Institutions (Power and Constitutional Design in Self-Enforcing Democracy)", en Ginsburg, Tom (Editor), *Comparative Constitutional Design*, Nueva York: Cambridge University Press.
- Alcántara Sáez, Manuel (2013), *Sistema políticos de América Latina*, vol. I, Madrid: Tecnos.
- Álvarez Ríos, Lautaro (2006), "La reforma de 2005 a la Constitución chilena", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* número 10: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Amaya Villarreal, Álvaro Francisco (2005), "El principio pro homine. Interpretación extensiva vs. El consentimiento del Estado", en *International Law (Revista Colombiana de Derecho Internacional)*, número 5, Pontificia Universidad Javeriana: Bogotá, junio.
- Bidart Campos, Germán J. (1989), *Teoría General de los Derechos Humanos*, México: UNAM, 1989, p. 272.
- Blount, Justin; Elkins, Zachary y Ginsburg, Tom (2012), "Does the Process of Constitution-Making Matter?", en Ginsburg, Tom (Editor), *Comparative Constitutional Design*, Nueva York: Cambridge University Press.
- Caballero Ochoa, José Luis, y Rábago Dorbecker, Miguel (2014), "Artículo 23. Derechos Políticos", en Steiner, Christian, y Uribe, Patricia (Editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung y Eudeba.
- Carnota, Walter F. (2014), "Los múltiples usos del Derecho Constitucional Comparado", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* número 18, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Cea Egaña, José Luis (2001), "El parlamentario en la Constitución", en Navarro Beltrán, Enrique (Ed.), *20 años de la Constitución Chilena (1981-2001)*, Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur.
- Couso, Javier A. (2005), "The Judicialization of Chilean Politics: The Rights Revolution that never was", en Sieder, Rachel; Schjolden, Line y Angel, Allan (Editores), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York: Palgrave Macmillan.
- Doyle, Oran (2018), *The Constitution of Ireland (A Contextual Analysis)*, Oxford: Hart Publishing.
- Escudero I., María Cristina (2018), "El Congreso Nacional: Organización y funciones", en Huneuus, Carlos, y Avendaño, Octavio, *El Sistema Político de Chile*, Santiago: LOM Ediciones.
- Henríquez Viñas, Miriam, y Nuñez Leiva, José Ignacio (2017), "Control de convencionalidad en Chile: Un soliloquio en 'El laberinto de la Soledad'", en Henríquez Viñas, Miriam, y Morales Antoniazzi, Mariela (Coordinadoras), *El Control de Convencionalidad (Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile)*, Santiago de Chile: DER Ediciones.
- Huneuus, Alexandra (2010), "Rejecting the Inter-American Court: Judicialization, National Courts and Regional Human Rights", en Couso, Javier A.; Huneuus, Alexandra y Sieder, Rachel



- (Editores), *Cultures of Legality (Judicialization and Political Activism in Latin America)*, Nueva York: Cambridge University Press.
- Law, David S., y Versteeg, Mila (2018), *Constituciones aparentes*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Loewenstein, Karl (1965), *Political Power and the Governmental Process*, Chicago: The University of Chicago Press.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2005), *Constituciones iberoamericanas (Chile)*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Pau I Valls, Francesc (Coordinador), *El Senado, Cámara de Representación Territorial*, Madrid: Tecnos.
- Relea, Francesc (2000), "La figura de senador vitalicio viola los derechos humanos, según la OEA", Madrid, EL PAIS, 20 de Enero.
- Sternberger, Dolf (2001), *Patriotismo Constitucional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Thayer Arteaga, William (2001), "Composición mixta u homogénea del Senado. Eventual supresión de senadores designados y vitalicios", en Navarro Beltrán, Enrique (Ed.), *20 años de la Constitución Chilena (1981-2001)*, Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur.
- Ventura, Manuel E., y Zovatto, Daniel (1989), *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Naturaleza y principios, 1982-1987)*, Madrid: Civitas.
- www.bcn.cl/nc/historia-de-la-ley/6131.