

VIEJA – NUEVA CONSTITUCIÓN*

Old-New Constitution

Francisco Zúñiga Urbina**

RESUMEN

El artículo analiza la vieja-nueva Constitución de 1980-2005, viejo contenido económico social asegurado, nuevo contenido político institucional y la necesidad de una reforma constitucional de segunda generación o de una nueva Constitución para el Bicentenario.

PALABRAS CLAVE

Reforma Constitucional, Autoritarismo, Vieja y Nueva Constitución, Constitución Económica y Social.

* Ponencia en VI Seminario sobre Temas Constitucionales de Actualidad, dedicado a “Los Desafíos de la Reforma Constitucional de 2005”, organizados por los Programas de Magíster y Postítulo en Derecho Constitucional y el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, septiembre de 2006.

** Francisco Zúñiga Urbina, Profesor de Derecho Constitucional y Director del Programa de Estudios Legislativos de la Fundación Chile 21. Recibida el 29 de diciembre de 2006, aprobada el 21 de marzo de 2007. zdc@zdcabogados.cl

ABSTRACT

This paper analyzes the ancient-new Constitution of 1980-2005, ancient content economic-social guarantee, new content institutional and necessary constitutional reform of second generation or on new Constitution for Bicentenary.

KEY WORDS

Constitutional reform, Authoritarianism, Ancient and New Constitution, Economic and Social Constitution.

I. PRESENTACIÓN

Con motivo de la reforma constitucional de 2005 promulgada mediante de la Ley N° 20.050, se abre en nuestro país un debate académico y político a través de los medios de comunicación acerca de si el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República (D.S. N° 100, de 2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia), que da cuenta de las diecisiete enmiendas incorporadas a la Carta desde 1989, constituye la “vieja” Constitución de 1980 o es una “nueva” Constitución, cuestión que no deja de estar asociada a cómo las elites, los partidos políticos y los poderes públicos han presentado mediáticamente esta reforma. El debate, que tiene entre otros protagonistas a profesores y abogados con acendrada vocación de articulistas, me parece artificioso y fútil, tanto que con alguna ironía poco original hablamos de la “Constitución de 1980-2005”.¹

A nuestro juicio, más allá de la dualidad teórica básica entre Constitución en sentido material y Constitución en sentido formal, como soportes de la estatalidad, así como de las archiconocidas tipologías de análisis de las constituciones,² es menester hacer una distinción propedéutica acerca del contenido normativo iusfundamental de la Constitución contemporánea en una “democracia consti-

¹ Hablamos de ironía poco original, ya que la antigua Constitución de la Argentina de 1853, una vez restablecida las bases de la unidad de las provincias y Buenos Aires, su Constitución reformada paso a ser de “1853-1860”. Consultar acerca de la legitimidad y aproximación prospectiva de la Carta a Francisco Zúñiga U.: “La Reforma Constitucional y Legitimidad de la Constitución”, en Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales, U. Talca, 2006; “Constitución del Bicentenario. Reforma Constitucional y Operación Constituyente”, Revista de Derecho Político, UNED, Madrid, 2006, y “Reforma Constitucional. Presente y Futuro”, en libro colectivo “Chile 21 Reflexiona al Chile del XXI”, Edit. F. Chile 21, 2 vol., Santiago, 2005, tomo II, pp. 58-69.

² Linares Quintana, Segundo: “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado”, 9 volúmenes, Edit. Plus Ultra, 2ª edición, Buenos Aires, 1977-1987, Vol. III, pp. 111 y ss.

tucional”: estatuto del poder y carta de derechos (Burdeau), o bien empleando la castiza distinción entre parte orgánica y parte dogmática (Posada); distinciones que nos permite sostener un plano de análisis político-institucional y otro económico-social de la Constitución y de la reforma constitucional.³

En el plano político-institucional la Constitución Política de la República es una “nueva” Carta, ya que con la reforma constitucional de 2005 se cierra en lo formal la transición al purgar de la Constitución sus “enclaves autoritarios”, su estatuto iusfundamental transitorio, así como la firma puesta en el texto por el gobernante de la época, la Junta de Gobierno y sus ministros. En cambio, en el plano económico-social (derechos civiles, orden público económico, Constitución Económica y Constitución Social) la Constitución vigente es en esencia la “vieja” Carta de 1980, en la que cristalizan, principalmente en su parte dogmática (valores, principios, derechos fundamentales y garantías), los componentes ideológicos (originariamente autoritarios, neoliberales, iusnaturalistas y lejanamente corporativistas) de una refundación autoritaria del capitalismo.

Lo expuesto amerita detenernos brevemente en el plano económico-social de análisis de la Constitución. Los conceptos de Constitución Económica y Constitución Social (Beckerath) tienen su origen en la dogmática germana y europea del primer tercio del siglo XX, y parten de la pérdida o abandono de una pretendida “neutralidad” de la Constitución asociada a la cosmovisión ideológico-liberal del “Estado gendarme”. En efecto en el primer tercio del siglo XX las constituciones y el derecho están en profunda transformación, incorporándose cláusulas económico-sociales, derechos económicos, sociales y culturales, y la fórmula del Estado Social (H. Heller) en las constituciones de la primera postguerra y sobre todo de la segunda postguerra, empleando esta nueva fórmula o análogas. Lo propio ocurre, en materia de Constitución Económica y de Constitución Social, en la década de 1970 con las transiciones a la democracia en la Europa mediterránea (Grecia, Portugal y España), y con las transiciones a la democracia tras el derrumbe del muro de Berlín en 1989 en Europa central y oriental. Ante el surgimiento de este nuevo escenario de transformaciones en el Estado y el Derecho a principios del siglo XX, un observador y comparatista de excepción como Mirkine Guetzevitch, las denominó “modernas tendencias constitucionales” (constitucionalismo democrático y social). Es decir, a partir de la “cuestión social” y la distinción entre el “individuo político” y el “individuo social”, entre la libertad civil-política y la libertad social, se reconstruye toda la teoría general del Estado y

³ Burdeau, Georges: “Derecho Constitucional e Instituciones Políticas” (Trad. F. Falcón T.), Editora Nacional, Madrid, 1981, pp. 89 y ss. Consultar de Adolfo Posada: “Tratado de Derecho Político” (Edición y Estudio J. L. Monereo Pérez), Edit. Comares, Granada, 2003, pp. 428-433.

la teoría de los derechos, a la par que el derecho, las economías y sociedades del capitalismo temprano se transforman; en fin se verifica en el período de entre-guerras una “gran tentativa de racionalización de la vida pública”. Incluso más “avant la lettre” la doctrina del servicio público de Duguit y la Escuela de Burdeos, y su nueva concepción del Estado centrada en el servicio público, a partir de una regla de solidaridad social, es en los albores del siglo XX⁴ una expresión poderosa del Estado Benefactor o Providencia; generándose una férrea ligazón del Estado Social y los nuevos derechos sociales, económicos y culturales al acervo de ideas jurídico-políticas de la socialdemocracia europea.

En consecuencia podemos entender la Constitución Económica y la Constitución Social como un plexo de normas iusfundamentales que regulan la actividad económica y social del Estado y de los particulares, bajo la forma de disposiciones de principio, cláusulas económico-sociales y normas operativas; es decir, normas con densidad, estructura y eficacia normativa diferenciadas. Luego, la Constitución Económica y la Constitución Social son partes componentes de la Constitución que constituidas como un plexo abigarrado de normas, operan como verdaderas directrices en la economía y sociedad civil para el Estado (Estado regulador, Estado de fomento y de servicios y Estado empresario), delimitando los ámbitos de lo público y de lo privado, y para los particulares (personas y cuerpos intermedios) define los campos en que desenvuelve la libertad civil e igualdades formales (derechos civiles).

En la Constitución estos conceptos dan cuenta de direcciones ideológicas diversas (techo ideológico), que aquilatan en fórmulas opuestas como el Estado mínimo y el Estado Social. Precisamente de aquí arranca la necesidad de una apertura del techo ideológico de la Constitución vigente, en armonía con un principio pluralista (ideológico y político) tan propio de una “democracia constitucional”; de suerte que la Constitución en general y la Constitución Económica y la Constitución Social en particular, admitan diversas lecturas legítimas y abran un amplio abanico a las políticas públicas (elaboración, ejecución y evaluación) y a la legislación en el campo económico y social, cuya ejecución compete al Gobierno.

⁴ Consultar sobre el tema textos clásicos de: Beckerath, H.: “Politische und Wirtschaftsverfassung”, en obra colectiva “Festgabe für Werner Sombart” Munich, 1933.; Heller, Hermann “¿Estado de Derecho o Dictadura?” en recopilación “Escritos Políticos” (trad. S. Gómez A. y prólogo A. López Pina), Alianza Editorial, Madrid, 1985, pp. 283-301; Mirkine Guetzevitch, Boris: “Modernas Tendencias del Derecho Constitucional” (trad. S. Álvarez G.), Edit. Reus, Madrid, 1934; y Duguit, León: “Las Transformaciones del Derecho (Público y Privado)” (trad. A. Posada y R. Jaén), Edit. Heliastira, Buenos Aires, 1975. También en una perspectiva contemporánea y en polémica los trabajos de W. Abendroth, E. Forsthoef y K. Doehring en “El Estado Social”, Edit. CEC, Madrid, 1986; y de Manuel García Pelayo “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución” en sus “Obras Completas”, 3 vol., Edit. CEC, Madrid, 1991, vol. III, pp. 2851-2874.

Además, a modo de balance crítico es posible afirmar que estamos ante una reforma constitucional que llega quince años tarde, ya que parte importante de sus contenidos estaban recogidos en el Acuerdo Nacional (1984), en las “Bases Fundamentales de la Reforma Constitucional” (1979) del Grupo de Estudios Constitucionales e incluso en los debates e informes de la primera reforma de 1989.⁵ La reforma constitucional de 2005, que tiene un origen parlamentario en el Senado, es fruto, laboriosamente logrado, del octavo intento durante la transición, orientado cada uno de ellos a suprimir los “enclaves autoritarios”. El primer intento del Presidente Aylwin terminó con el archivo del proyecto, el segundo fue aprobado por la Cámara de Diputados y rechazado por el Senado, el tercer y cuarto intento de 1994 del Presidente Frei Ruiz-Tagle fueron proyectos archivados, el quinto intento de agosto de 1995 fue retirada de trámite, el sexto intento de octubre de 1995 fue rechazada por el Senado por falta de quórum y el séptimo intento fue un proyecto de marzo de 1997, aprobado por la Cámara de Diputados y rechazado por el Senado por falta de quórum. A mediados de la década de 1990 un intento que pudo haber rendido frutos, por tener apoyo oficial en un partido de oposición, terminó malogrado.

He sostenido también que la reforma constitucional de 2005 llega quince años tarde, ya que el consenso aquilatado y enderezado a suprimir los “enclaves autoritarios” se produce cuando éstos son innecesarios, ante la consolidación durante la transición de un cierto modelo político, social y económico que hace posible una gobernabilidad democrática razonable de Chile, que contrasta con la realidad político-institucional en el concierto continental.

Lo expuesto preliminarmente merece una breve e introductoria explicación. Desde 1990 los siete intentos de reforma constitucional de contenido político-institucional, recogidos en mensajes y mociones, son proyectos de reforma que se habían propuesto, sin éxito, suprimir los denominados “enclaves autoritarios” de la Constitución vigente en dicha época, consistentes en arreglos o “amarres” institucionales destinados a afianzar la injerencia de las fuerzas armadas y de orden en el proceso político cuya máxima expresión fue el Consejo de Seguridad Nacional un verdadero “tigre de papel” (pretorianización en la práctica frustrada durante la década de 1990), y a forzar, paradójicamente en un régimen presidencialista una suerte de empate político Gobierno-Oposición, verbi gratia a través de leyes de quórum especial, como ocurre con las leyes orgánicas constitucionales de “espuria naturaleza”, que sustraen parcelas del dominio legal al principio de mayoría como regla de decisión parlamentaria, situación distorsionada que se acentúa mediante un sistema electoral binominal con notorias alte-

⁵ Andrade Geywitz, Carlos: *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1991. También Alejandro Silva Bascuñán: *Tratado de Derecho Constitucional* (11 vols.) Edit. Jurídica de Chile, 2ª edición, Santiago, Tomo III, 1997, pp. 217 y ss.

raciones y quebrantos del principio de igualdad (y de los principios de representación y proporcionalidad), cuya modificación eventual ha quedado encomendada hoy a una ley orgánica constitucional de quórum especialísimo; a lo que sumaba una parcial, aunque gravitante (20% aproximadamente de la Cámara Alta), composición del Senado conforme a un principio autoritario (senadores “institucionales” y por derecho propio); entre otros signos institucionales caracterizantes de tal empate forzado.⁶ En el actual diseño institucional persiste el sistema electoral para elecciones parlamentarias, mal denominado, “binominal mayoritario”, en la lógica del empate forzado por partida doble: primero por la funcionalidad misma del sistema que descansa más en un principio de representación orientado a la gobernabilidad sacrificando la participación, y segundo al encomendar el Poder Constituyente derivado de 2005 este segmento de la competencia legislativa (legislación orgánica constitucional) al quórum especialísimo de tres quintas partes de diputados y senadores en ejercicio (artículo 18 y Disposición Transitoria Decimotercera de la C.P.R.).

También la Constitución vigente de época posee instituciones “contramayoritarias” funcionando, como el Poder Judicial, el Banco Central, el Tribunal Constitucional, Contraloría General de la República, entre otras, cuya específica integración se define en las postrimerías del régimen autoritario, para intentar proyectar la herencia autoritaria y neoliberal. Es una inflación de instituciones “contramayoritarias” permanentes, cuya legitimidad no es democrática sino instrumental y, por ende, descansa en la Constitución y sus exigencias de racionalización del poder, montadas sobre la quiebra teórico-práctica del principio de separación de poderes y más allá de los derechos fundamentales, en los límites de la “democracia constitucional” o del “Estado constitucional democrático”, ya que se sustraen del principio democrático y de la deliberación pública y pluralista un conjunto de decisiones políticas que atañen al control de constitucionalidad de la ley y de actos estatales, a la tutela de derechos fundamentales, a la conservación del orden económico y social, y a la tutela del principio de legalidad, fundadas en la necesidad de defender a la persona, a los grupos intermedios de la sociedad civil y a las minorías.⁷

⁶ Sobre leyes orgánicas en Francia y España es muy útil el agudo trabajo de Ángel Garrorena Morales: “Acerca de las Leyes Orgánicas y su Espuria Naturaleza Jurídica”, Revista Estudios Políticos N° 13, CEPC, Madrid, 1980, pp. 169-207.

⁷ Friedrich, Carl J.: “Gobierno Constitucional y Democracia. Teoría y Práctica en Europa y América” (Trad. A. Gil L.), Edit. IEP, 2 vol., Madrid, 1975, vol. I, pp. 217 y ss., 317-331, 347-371, 499-529. Loewenstein, Karl, “Teoría de la Constitución” (Traducción y estudio de A. Gallego Anabitarte). Edit. Ariel St., 2ª ed, 3ª impresión, Barcelona, 1983, pp. 300 y ss. El iusfilósofo germano Otfried Höffe nos recuerda que en el Estado constitucional democrático: “en lugar de la “gramática política” de un poder absoluto, según la cual quien tiene el poder suficiente para proteger a todos tiene también poder suficiente para oprimirlos, surge, como una nueva gramática, un sistema de *checks and balances*. Los derechos humanos sólo alcanzan plena realidad jurídica cuando, aunque el Estado posea el monopolio de poder, ninguna persona, instancia u órgano estatal posee poder ilimitado, sino que el poder del Estado se halla articulado de forma que constituye una red de

Resulta entonces que la “democracia constitucional” se rodea de instituciones “contramayoritarias”, que sirven de guardianes o centinelas de Constitución frente al principio democrático o la demonizada, desde los albores de las revoluciones político-burguesas, “tiranía de las mayorías” (J. Madison, A. de Tocqueville, J. Mill), guardianes necesarios a la luz de la racionalización del poder político estatal. Un buena justificación de talante liberal de estas instituciones contramayoritarias la encontramos en “El Federalista” en la época de génesis de la Constitución de 1787. En palabras de Fioravanti: “Lo que el Federalist describía y sostenía era por ello una Constitución republicana, democrática en lo que atañía a su fundamento, moderada y equilibrada en lo que atañía a la articulación de los poderes previstos y disciplinados en esa Constitución. Este segundo perfil –incompatible con una Constitución puramente democrática– comprendía determinadas decisiones de los constituyentes americanos: el bicameralismo, el poder de veto del presidente, el necesario consenso del Senado para el ejercicio de determinados poderes presidenciales(...). Madison muestra aquí con claridad cómo el objetivo de una auténtica Constitución republicana, como la que se quería introducir en América, no debe ser tanto el de una abstracta separación de poderes, sino el de un concreto equilibrio entre los poderes, de forma que se obtenga el resultado de conjunto del gobierno limitado”. Los constituyentes americanos buscaron conciliar la “tradición” del constitucionalismo con la “novedad” de la soberanía popular, y para ello introducen instituciones o mecanismos contramayoritarios, como un Poder Judicial que tempranamente en 1803 consolida la “revisión judicial de legislación”. Se trata de guardianes togados defensores de la supremacía e integridad de la Constitución (Jurisdicción Constitucional) o de guardianes “técnicos” (tecnocracia) defensores de un orden económico-social y modelo de desarrollo que cristaliza en la Constitución Económica y en la Constitución Social.⁸

poderes públicos que se controlan mutuamente” (p. 190). Consultar de O. Höffe “Justicia Política” (Introducción J. C. Velasco), Edit. Paidós UAB, Barcelona, 2003.

⁸ El concepto de institución o mecanismo “contramayoritario” lo tomamos de Alexander Bickel en “The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of politics”, Yale University Press, 2ª edit., New Haven, 1986; concepto que adquiere en el Derecho Constitucional norteamericano y Derecho Comparado importancia creciente a partir de los problemas de legitimidad del Poder Judicial (que se extiende al estudio de comportamientos, origen y valores o ideologías de los jueces) y en particular de la “revisión judicial de legislación”, como lo reconocen conocidos juristas americanos, entre otros: John Hart Ely y Lawrence H. Tribe. Además es recomendable el examen crítico de Robert Dahl “¿Es Democrática la Constitución de los Estados Unidos?” (trad. P. Gianera), Edit. F.C.E., Buenos Aires, 2003, quien destaca los elementos antidemocráticos presentes en la idealizada Constitución norteamericana de 1787: esclavitud, sufragio restringido, elección indirecta de presidente, elección de los senadores por las legislaturas estatales por seis años, representación igualitaria en el Senado, Poder Judicial y revisión judicial; todos los cuales han definido el alcance de los cambios posteriores en un sentido más democrático. También para el examen de las coordenadas del tema consultar de Carlos Santiago Nino dos obras: “Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional”, Edit. Astrea, 1ª edición, 1992, 2ª reimp., Buenos Aires, 2002, pp. 675-706, y “La constitución de la democracia deliberativa” (trad. R. Saba), Edit. Gedisa, 1ª edic. 1997, 1ª reimp., Barcelona, 2003, pp. 258-295. Además consultar a Roberto Gargarella en “La Justicia frente al

Estas instituciones “contramayoritarias” no escapan a una doble paradoja: la primera se expresa en el aforismo proverbial del poeta satírico romano Juvenal “sed quis custodiet ipsos custodes” (“quién custodia a los custodios”), y la segunda es que el remedio frente a la “tiranía de las mayorías” es el peligro inminente de la “tiranía de los valores” sostenidos por la aristocracia togada o por los “técnicos”, es decir, los guardianes o centinelas de la Constitución.

La mentada “tiranía de la mayoría” es concebida por el pensamiento liberal ademocrático, en un contexto de creciente participación de clases populares en las revoluciones del siglo XIX, como el mayor peligro de las repúblicas. El propio Tocqueville en su clásica descripción histórico-política de América del Norte de 1835-1836 cifra su fe, entre otros factores, en la moderación introducida en la República por los “legistas” presentes en todas sus ramas, ya que “...aman por encima de todo... la vida ordenada y la mayor garantía del orden es la autoridad”, neutralizando así los vicios “inherentes al gobierno popular”. Agrega agudamente, contraponiendo a pueblo y legistas, Tocqueville: “A sus impulsos democráticos oponen secretamente sus propias tendencias aristocráticas; a su amor por la novedad; su respeto supersticioso por lo antiguo; a inmensidad de sus designios, la estrechez de sus puntos de vista; a su desprecio por las reglas, su amor por las formas, y a su prisa, su hábito de proceder con lentitud” (pág. 269). Sobre los “legistas” en la Judicatura dirá: “Los tribunales son los órganos más visibles de que se sirve el cuerpo de legistas para actuar sobre la democracia”. También Mill en su obra clásica *Del Gobierno Representativo* de 1861 observa los peligros de una “democracia representativa” a saber: “...existencia de un grado muy inferior de ilustración en el cuerpo representativo y en la opinión pública que lo juzga; ...la posibilidad de una legislación de clase por parte de la mayoría numérica”.

Por ello hemos puesto hincapié en el tránsito de la “tiranía de las mayorías” a la “tiranía de los valores”, obra en gran medida del liberalismo y sus instituciones contramayoritarias. La referida “tiranía de los valores” nos reconduce a la ideolo-

Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial”, Edit. Ariel, Barcelona, reimpresión Argentina, 1996 y “El Presidencialismo como Sistema Contramayoritario” en libro colectivo: “El Presidencialismo Puesto a Prueba”, CEC, Madrid, 1992. Citamos de Maurizio Fioravanti “Constitución. De la Antigüedad a nuestros días” (trad. M. Martínez N.), Edit. Trotta, Madrid, 2001, pp. 107-108. Los problemas de la “revisión judicial” son abordados agudamente por Jorge Reinaldo Vanossi en “Teoría Constitucional”, Edic. Depalma, Buenos Aires, 2 vol., 1976, Vol. II, en especial pp. 126-127. Sobre bancos centrales es de provecho en nuestra lengua consultar la tesis de Rubén Martínez Dalmau, “Constitución, Legitimidad Democrática y Autonomía de los Bancos Centrales”, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005. Sobre el viejo tema de la “tiranía de las mayorías” los textos clásicos son de Alexis de Tocqueville “La Democracia en América”, 2 vol., Edit. Sarpe, Madrid, 1984, tomo I, en especial pp. 252-269, y de John Stuart Mill, “Del Gobierno Representativo” (presentación de D. Negro y traducción Marta C. C. De Iturbe), Edit. Tecnos, Madrid, 2ª edición, 1995, en especial pp. 82 y siguientes. Una revisión sobre la “tiranía de la mayoría” en autores liberales en Norberto Bobbio “Liberalismo y Democracia”, 1ª edic., reimpresión, FCE, México-Bogotá, 1993, pp. 61-79.

gía de la aristocracia togada y de los “técnicos”, de casi “natural” talante conservador o liberal en lo económico, y bastante alejada del debate público acerca de los valores socialmente dominantes, encausado en procedimientos transparentes y abiertos, y que cristalizan en decisiones políticas. Frente a demasías como la “tiranía de los valores” o el activismo judicial (“gobierno de los jueces”), se erigen correctivos, de eficacia relativa, como la autolimitación (“self restraint”) del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional o la deferencia razonada frente a un reparto de poder constitucionalmente adecuado. Con todo el “gobierno de los técnicos” parece no tener correctivos. Luego, ante los custodios de la Constitución estamos frente a una verdadera “cuadratura del círculo”: “...o no hay control, y entonces podemos desembocar en la ilimitación del ejercicio de los poderes, que significa el quebrantamiento de las competencias y limitaciones establecidas por la Constitución; o establecemos el órgano de control, pero enseguida se plantea el problema de ¿quién controla al control?, al surgir el riesgo de que dicho órgano asuma una verdadera “dictadura” interpretativa de los textos constitucionales y descalifique todos aquellos actos o normas que no se compadezcan con las valoraciones que él explicita” (Vanossi).

En suma, la “democracia constitucional” y sus instituciones “contramayoritarias”, como lo hemos planteado en muchas ocasiones a propósito del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, está sometida al peligro de transformar el Estado democrático y el Estado de Derecho, en un “Estado Judicial”, sacrificando el principio democrático, y edificando el Estado sobre la base del dogma liberal doctrinario de la “soberanía de la Constitución”.

Por último, el Constituyente autoritario proyecta una herencia perdurable en lo económico-social, bajo un signo ideológico neoliberal, que es una Constitución Económica y una Constitución Social centradas en ciertos componentes torales: el reconocimiento y tutela extraordinaria de los derechos fundamentales de libertad civil en especial de alcance patrimonial o económico; débil reconocimiento (contenido y estructura) de los derechos económicos, sociales y culturales; reconocimiento amplio de la autonomía técnica y patrimonial del Banco Central como organismo enderezado a la protección de un cierto orden económico y modelo de desarrollo, y consagración de una regla de delimitación de lo público-privado como es el principio de subsidiariedad, que a pesar de ser un principio plurisignificativo, se impone con fuerza su acepción negativa o pasiva que retrae al Estado a funciones en la economía y sociedad civil mínimas (Estado mínimo). También se introduce la legislación de quórum especial (orgánico constitucional y de quórum calificado) para el desarrollo infraconstitucional de algunos componentes de la Constitución Económica y de la Constitución Social (artículo 19 N° 11, N° 18, N° 21, y N° 24 C.P.R.) . Un botón de muestra de esta Constitución Económica de signo ideológico neoliberal, es el concepto restringido de Estado Empresario del artículo 19 N° 21 de la Constitución y el siempre ubicuo “orden público económico”.

Ciertamente algunas reformas constitucionales en los últimos tres lustros han enriquecido la parte dogmática y abierto parcialmente su techo ideológico, a saber: la garantía institucional de los derechos fundamentales y derechos humanos con fuente en tratados internacionales ratificados y vigentes del artículo 5º inciso segundo, derogación del artículo 8º y ajustes al artículo 19 N° 12, N° 15 y N° 26 (Ley N° 18.825); terrorismo, institutos de gracia y garantías (Ley N° 19.055); los principios de desarrollo territorial armónico y de equidad del artículo 115 (Ley N° 19.097), el principio de solidaridad del artículo 122 (Ley N° 19.097); la ampliación de la garantía del debido proceso legal a la investigación del artículo 19 N° 3 inciso quinto (Ley N° 19.519); la igualdad jurídica hombre y mujer de los artículos 1º y 19 N° 2 (Ley N° 19.611); la protección estatal de la educación parvularia y obligatoriedad de la enseñanza básica y media del artículo 19 N° 10 (leyes N° 19.634 y N° 19.876); la libertad artística del artículo 19 N° 25 (Ley N° 19.742); el principio de desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio del artículo 3 inciso final, los principios de probidad y de publicidad del artículo 8º nuevo, la protección de la nacionalidad y la ciudadanía, la puesta al día de las garantías de relevancia penal del artículo 19 N° 3 y N° 7, la derogación de la figura de la difamación y racionalización del derecho a la intimidad y honor del artículo 19 N° 4, nuevo status a los colegios profesionales del artículo 19 N° 16 y nuevo recurso de protección ambiental del artículo 20 inciso segundo (Ley N° 20.050). También la reforma constitucional de 2005 importa un cambio significativo en nuestro Derecho de Excepción, que pasa a cumplir con estándares garantistas mínimos exigibles en un Estado de Derecho. Con todo, reconociendo la mejora moderada en los estándares garantistas que se producen en el período, estas reformas constitucionales no han modificado en lo esencial la parte dogmática de la Constitución en general y la Constitución Económica y la Constitución Social en particular.

Finalmente, después de un prolongado trámite parlamentario, que principia en junio del año 2000 mediante dos mociones iniciadas en el Senado respectivamente por parlamentarios de la Alianza por Chile y de la Concertación de Partidos por la Democracia (Boletín N° 2526-07 y Boletín N° 2534-07), se obtuvo en la Cámara Alta un trabajoso consenso político impulsado por la autoridad gubernamental. Tal consenso político en lo medular es una reforma constitucional profunda acerca de lo que se denominó “reformas políticas”, recogida un lustro más tarde en la Ley N° 20.050, promulgatoria de tal reforma, que busca fortalecer las definiciones del Estado como un Estado de Derecho y una República democrática, mediante la purga de los “enclaves autoritarios” (integración parcial autoritaria del Senado, pretorianización del régimen político, entre otros), la mejora de estándares garantistas de derechos fundamentales y de estados de excepción, la “refundación” del Tribunal Constitucional, y ciertamente morigerar nuestro exacerbado presidencialismo. El texto refundido, coordinado y sistematizado de la “vieja-nueva” Constitución Política de la República se fijó mediante

acto decretal, firmado por el Presidente de la República y todos sus ministros en una solemne ceremonia el día 17 de septiembre de 2005 en el Palacio de La Moneda, todo en virtud del artículo 2° de la citada Ley N° 20.050.

Por otra parte, no es este el lugar para un estudio pormenorizado de la reforma constitucional, sino más bien para una reflexión que sirva de pretexto para postular la necesidad de una reforma de segunda generación u “operación constituyente” con miras al “Bicentenario”, a fin de dotar a la Constitución de una legitimidad democrática mínima, concerniente a su origen e instituciones, y que abra su techo ideológico a todas las tradiciones del constitucionalismo, en especial al constitucionalismo democrático y social. La Constitución debe dejar de ser un dique o muro de defensa de intereses inconfesables, para pasar a ser plenamente un pacto político institucional respaldado por una legitimidad democrática efectiva.

La legitimidad de la Constitución es la “expresión de una cualificación; la autoridad aparece cualificada por el ejercicio de la función gubernamental” (Burdeau); y tal cualificación (de origen y de ejercicio) arranca de una “representación” acerca del poder y del Estado, que puede descansar en una casi metafísica “idea de derecho” (caracterizada por un fin de bien común asignado al poder político y el consentimiento de los gobernados) o simplemente en la “soberanía popular”, y que son en último término respuestas posibles a la justificación de la obediencia. La legitimidad democrática de una Constitución moderna descansa en un Poder Constituyente que debe ser la expresión lo más fiel posible de la soberanía popular, que se traduce en un “pacto” mayoría-minoría y en el empleo de procedimientos que permiten hacerla efectiva (Asamblea Constituyente, Congreso Constituyente y referéndum). Tal legitimidad democrática mínima es esencial para su estabilidad normativa y para el funcionamiento de las instituciones políticas, y tal apertura de techo ideológico es esencial para que la Constitución pueda admitir distintas lecturas y desarrollos infraconstitucionales legítimos.⁹

Desde este punto de vista la Constitución de 1980-2005 carece de legitimidad democrática de origen, poseyendo sólo una legitimidad de ejercicio sobrevenida y parcial. En efecto el Poder Constituyente originario y derivado (Siéyès), conecta con dos momentos histórico-políticos: origen del Estado o revolución (primigeneidad) y cambio político institucional (continuidad); momentos que se proyectan nítidamente en la Constitución vigente, a saber: primigeneidad en la medida que surge

⁹ Sobre la reforma consultar el voluminoso libro coordinado por Francisco Zúñiga U: “Reforma Constitucional 2005”, Editorial LexisNexis, Santiago, 2005. También el voluminoso libro coordinado por Humberto Nogueira Alcalá, “La Constitución Reformada de 2005”, Centro de Estudios Constitucionales, Librotecnia, Santiago, 2005. Para la historia de la reforma es útil el libro de Emilio Pfeffer U. “Reformas Constitucionales 2005. Antecedentes, Debates, Informes”, Edit. Jurídica, Santiago, 2005, y “Reformas Constitucionales 2005. Historia y Tramitación”, Senado, Valparaíso, 2006.

de una revolución que abroga la Constitución y Derecho Público anterior, instaurando un régimen autoritario nuevo, y continuidad a partir de sus reformas en 1989. En el momento de primigenidad el Poder Constituyente originario da origen a una Constitución otorgada, autoritaria y neoliberal, carente de toda legitimidad democrática; y en el momento de continuidad el Poder Constituyente derivado da origen a reformas constitucionales que paulatinamente incorporan una legitimidad de ejercicio institucional democrática a la Carta.

En este orden de ideas no deja de ser una paradoja que la reforma constitucional de 2005 se apruebe con el concurso de un Congreso Nacional, cuya Cámara Alta poseía una integración parcial de origen autoritario.

El reconocimiento de este déficit de legitimidad es uno de los presupuestos para aproximarnos prospectivamente a la Constitución vigente y plantear la necesidad de reformas de segunda generación u “operación constituyente”.

II. LA CONSTITUCIÓN Y SU TIEMPO

La Constitución, vaya perogrulladas en ocasiones olvidadas, “es una resultante de un paralelogramo de fuerzas –políticas, económicas y sociales– que actúan en su momento de adopción” y “...tienden a encarnar, a reflejar o a defender las opiniones sociales de sus autores” (Wheare); por lo que nuestra Constitución otorgada, autoritaria y neoliberal en su origen, no escapa a estos dos postulados elementales.

En este orden de ideas el “debate” se ha instalado en nuestro medio acerca de si la Constitución reformada es una “nueva” Constitución dada la envergadura de las “reformas políticas” en ella introducidas (en las que incluso se derogan las disposiciones transitorias que configuraban un verdadero “derecho constitucional transitorio”, pero autoritario, y se eliminan las firmas del Jefe de Estado de la época, miembros de la Junta de Gobierno y ministros de Estado consignados en el Decreto N° 1150, de Interior, 1980) o si es la “vieja” Constitución de 1980 reformada, dado que lo básico o esencial de la Carta se mantiene inalterado. Este es un “debate” fútil y artificioso. Más allá del texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política fijado por la autoridad presidencial republicana, la “vieja-nueva” Constitución es el reflejo de nuestro concreto (pasado-presente) tiempo histórico.

La Constitución Política de la República de 1980 es otorgada, autoritaria y neoliberal en su origen.¹⁰ Más aún, a pesar de que su génesis es fruto de un

¹⁰ Sobre el significado de cada uno de estos adjetivos tipológicos consultar a Segundo V. Linares

prolongado en el tiempo itinerario, guiado por el gobernante de la época y en el que intervienen diversos órganos consultivos (Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Consejo de Estado, Grupo de Trabajo de la Junta de Gobierno) y órganos decisorios (Junta de Gobierno), más un “plebiscito” no competitivo (herramienta empleada usualmente por regímenes autoritarios en búsqueda de legitimidad), en rigor es una Constitución sin historia fidedigna, a lo que se suma el empleo muchas veces abusivo de las Actas de la Comisión Ortúzar como supuesto recipiente documental de dicha historia; todo con un estilo canonista unido a cierta fe (ideológica) puesta en la obra del Constituyente autoritario.

Esta caracterización de la Constitución como otorgada, autoritaria y neoliberal en su origen, hoy no resulta del todo aplicable a la Constitución vigente, pero el debate acerca de su legitimidad sigue siendo relevante, así como la visión prospectiva o de futuro acerca de una nueva Constitución. En el intertanto (hoy) podemos hablar de una “vieja-nueva” Constitución o de la “Constitución de 1980-2005”.

La Constitución vigente, además, es una Constitución originaria que innova significativamente en los planos político-institucional, y económico social. El carácter originario de la Constitución arranca de su fuente de “legitimidad” efectiva, más allá de los fundamentos ideológicos del nuevo régimen y de la manida y falaz ilegitimidad de ejercicio del gobierno popular que antecede, que es la revolución de septiembre de 1973 (utilizando el concepto de “revolución” de Kelsen). Claramente, además, es una Constitución desarrollada e hiper-rígida;¹¹ desarrollada por la amplitud y densidad de su contenido normativo iusfundamental, e hiper-rígida por su procedimiento de reforma complejo (doble período legislativo que tiene su antecedente directo en la Constitución de 1833, Capítulo XII, artículos 163 a 168, y remoto en la Constitución de Cádiz de 1812, Título X, artículos 372 a 384 o en la Constitución belga de 1831) y de altos quórum que nos permitía hablar de “doble cerrojo”, antes de la reforma de 1989 (Capítulo XIV); procedimiento que no llegó a emplearse, puesto que la primera reforma a la Carta se sometió al “derecho constitucional transitorio” que le encomendaba la potestad constituyente a la Junta de Gobierno (Disposiciones Transitorias Decimonovena y Vigésimaprimer, letra d).

En razón de ello la reforma de 1989 y posteriores (en número de dieciséis reformas anteriores a la importante reforma de 2005) han incorporado una legitimidad de ejercicio institucional democrática parcial a la Constitución, la que

Quintana: “Derecho Constitucional e Instituciones Políticas”, Edit. Plus Ultra, 2ª ed., Buenos Aires, 1976, 3 vol, tomo I, pp. 428-479. También Juan Ferrando Badía, “Estudios de Ciencia Política y de Teoría Constitucional”, Edit. Tecnos, 3ª edic., Madrid, 1988, pp. 696-703.

¹¹ Kelsen, Hans: “Teoría General del Estado” (trad. L. Legaz y Lacambra), Edit Nacional, 15ª edición, México DF, 1979, pp. 167-168.

durante toda la década de 1990 con sus “enclaves autoritarios” emerge como una barrera puesta por sectores ligados al autoritarismo militar, hoy reconvertidos, con mayor o menor sinceridad y calado ideológico, en populares y liberales, para conservar un diseño de organización estatal que asegurase una transición lenta o “segura” a la democracia política.

La Constitución y sus “enclaves autoritarios” son un plexo de instituciones autoritarias (a las que caben agregar las instituciones “contra-mayoritarias” tan propias de la mentada “democracia constitucional”), por lo que aferrarse a la inmutabilidad de la Carta, era perpetuar dichas instituciones; que hoy, en la realidad política post transición parecen notoriamente innecesarias. Más aún, la reforma constitucional emerge hoy como un modo para conferir legitimidad a la Carta y proyectar en el tiempo su normatividad e ideología neoliberal hasta ahora perenne o al menos resistente en lo que atañe a la Constitución Económica y la Constitución Social.

Estamos contestes en que la Constitución estatal requiere de “permanencia”, de estabilidad, por lo que su rigidez se erige en garantía normativa, pero también política del pacto plural que le confiere legitimidad democrática. El problema que arrastra la Constitución de 1980, es su origen otorgado y autoritario, por lo que no existe tal pacto y menos legitimidad democrática, aunque las reformas de 1989 y de 2005 tienen elementos de pacto político; y sin embargo, la legitimidad democrática mínima ganada en los últimos años, merced a sus numerosas reformas, no ha saldado la deuda de origen de la Carta. Luego, la rigidez tiene un sentido garantista en una Constitución democrática; en cambio, en una Carta otorgada y autoritaria, es un freno o resguardo de un antiguo régimen y su herencia.

Además, se constata hoy lo contraproducente de los “enclaves autoritarios” y del complejo lugar en el Estado de algunas instituciones “contramayoritarias”, así como la necesidad de ganar en legitimidad democrática, clausurando el debate sobre “reformas políticas”. Se requiere una Constitución de base “consensual” (Grimm), lo que se ha logrado en gran medida en un plano político institucional, descargando al proceso político de una “permanente discusión sobre el procedimiento y objetivo de la formación del sistema”. Esta es la lógica por lo demás de las “transiciones políticas”, que en cuanto concepto evoca un conjunto de fases o proceso complejo, caracterizada por el “abandono de reglas anteriores de convivencia política a favor de otras...” (Vergottini), con elementos de continuidad y discontinuidad, y desde esa perspectiva el texto de la Constitución contenido en el D.S. N° 100, Segpres, 2005, es la expresión documental del cierre de la transición. En el fondo la necesidad de reforma constitucional, trae a este comentario un razonamiento muy lúcido de Wheare en este punto: “Una Constitución absolutamente inalterable tiende a incitar y a justificar la desobediencia. Por otra parte, una Constitución fácilmente alterable por una mayoría numérica popular puede también amenazar y vulnerar los derechos de una minoría incitándola a la desobe-

diencia justificable, mientras que una Constitución que permite a una minoría obstruir indefinidamente los derechos de una mayoría puede conducir a ésta a desatarse contra aquélla en justa afirmación de sus derechos. Una Constitución perfectamente adaptada a las necesidades de su pueblo en una época determinada puede malograrse por el paso del tiempo y con los cambios en la estructura social de la comunidad” (...) “La autoridad que una Constitución reclama y que puede reclamar se halla relacionada muy estrictamente, por tanto, con la estructura de la comunidad a la que el contenido de aquella proporciona fundamento de ley y de orden. Debe encarnarse en formas de gobierno, en las que la comunidad ponga fe; debe adaptarse a su aptitud para el gobierno. El mero hecho de haber escrito unas palabras sobre un papel no concede ningún derecho especial a la obediencia de los ciudadanos o del Gobierno”.¹²

Para concluir en este apartado, sólo resta enunciar algunos nuevos temas recurrentes en la aproximación prospectiva o de futuro acerca de la reforma constitucional que conciernen al régimen político, tipo de gobierno, forma de Estado y en especial a la Constitución Económica y la Constitución Social, los que suponen lograr un amplio consenso político, a saber:

- a) La instauración de un régimen presidencial democrático y modificación del régimen político y tipo de gobierno, en que las opciones sean régimen parlamentario o semipresidencial, o derechamente temperar el presidencialismo.
- b) La introducción del Estado regional y, por tanto, de un grado relevante de descentralización administrativa y política en la distribución territorial del poder del Estado.
- c) La recepción de institutos de participación directa del pueblo en las decisiones políticas e incluso la ley (referéndum, iniciativa popular de ley, revocatoria).
- d) La incorporación de una cláusula de primacía del Derecho Internacional común y convencional, en particular en el campo de los derechos humanos.
- e) La reforma al Poder Judicial, estableciendo un órgano superior de “gobierno” como un Consejo General de la Magistratura, de composición colegiada y

¹² Wheare, K.C.: “Las Constituciones Modernas” (F. Morera y A. Alandé), edit. Labor S.A., Barcelona, 1971. En el mismo sentido en nuestro medio es premonitorio el trabajo de José Luis Cea Egaña: “Rigidez Constitucional y Estabilidad Institucional” en XX Jornadas de Derecho Público, Edeval, Valparaíso, 1990, pp. 267-284. También de Dieter Grimm: “Constitucionalismo y Derechos Fundamentales” (trad. R. Sanz B. y J.L. Muñoz de Baena S., y estudio preliminar de A. López Pina), Edit. Trotta, Madrid, 2006, pp. 32 y siguientes; y de Giuseppe de Vergottini: “Las Transiciones Constitucionales. Desarrollo y Crisis del Constitucionalismo a finales del siglo XX” (trad. S. Perea Latorre) Edit. Universidad Externado de Colombia, 2002, en especial pp. 176-177.

designado por los poderes públicos, que sustraiga a la Corte Suprema de la administración de recursos materiales y humanos, concentrando su rol de tribunal de casación y custodio de la cosa juzgada por una parte, y estableciendo las bases de una carrera judicial profesional y fundada en el mérito por otra. También se hace necesaria la creación de una Justicia Administrativa letrada y especializada en el Poder Judicial, garante de la legalidad objetiva y subjetiva.

f) La introducción de controles políticos y/o sociales, así como un régimen de responsabilidad constitucional para instituciones “contramayoritarias” como el Banco Central y el Tribunal Constitucional.

g) La ampliación y optimización del catálogo de derechos fundamentales por la vía del reconocimiento de nuevos derechos económicos, sociales y culturales, y de la tercera generación de derechos, unida a la recepción de la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho, así como la cláusula antidiscriminación, reconocimiento de pueblos indígenas, e introducción de un Defensor de Ciudadano (Ombudsman) en el cuadro de garantías institucionales de protección y promoción de derechos, entre otras materias. Aquí también tiene cabida un amplio amparo constitucional de derechos fundamentales encomendado al Tribunal Constitucional, complementario del amparo ordinario encomendado a los tribunales del Poder Judicial.

Los temas enunciados y que pertenecen a una aproximación prospectiva o de futuro de la Constitución, carecen hoy de maduración y consenso, pero de modo recurrente se han planteado en nuestro país desde 1990 a la fecha, sin olvidar el aporte que el Grupo de Estudios Constitucionales realizó en la década de 1980; aporte valioso prospectivamente, pero que tropezaba epocalmente con un momento de primigenidad o refundacional del orden político, económico y social bajo el régimen autoritario, que imponía “tiempos de silencio” valiéndose del uso de la fuerza y sus medios sin freno.¹³

III. FUTILIDAD DEL DEBATE: VIEJA-NUEVA CONSTITUCIÓN

Hemos dicho anteriormente que después de las diecisiete reformas constitucionales que la Constitución ha tenido, al menos dos de ellas, la reforma de

¹³ Consultar “Las Propuestas Democráticas del Grupo de los 24”. Edita Patricio Chaparro por el Grupo de Estudios Constitucionales, Santiago, 1992. Sobre el distingo: primigenidad y continuidad, consultar a Carlos Sánchez Viamonte: “El Poder Constituyente. Origen y Formación del Constitucionalismo Universal y especialmente argentino”, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, pp. 473-475.

1989 y la reforma de 2005, tienen un amplio contenido político-institucional y una componente de pacto político, aunque sólo la segunda es un pacto logrado en el seno del Poder Constituyente derivado democrático; sin que la Constitución otorgada, autoritaria y neoliberal en origen devenga en plenamente democrática en cuanto su legitimidad.

Además, la Constitución vigente es la más modificada de nuestra historia, ya que la casi centenaria Constitución conservadora de 1833 tuvo doce reformas, y la Constitución republicano-democrática de 1925, en casi medio siglo, tuvo diez reformas. Se suma a lo expuesto, la supresión indicada de todo vestigio de identidad concreta del Constituyente autoritario (Junta de Gobierno y gobernantes de la época) y de su estatuto iusfundamental transitorio, y la simple constatación de que del articulado permanente de la Constitución sólo unas pocas disposiciones se conservan sin haber sido objeto de una o más enmiendas. Esto lleva a algunos “articulistas” a sostener que el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República (D.S. N° 100, Segpres, de 2005) es una “nueva Constitución”.

Para otros “articulistas” la “vieja” Constitución de 1980, que posibilitó una transición ordenada y “ejemplar” a la democracia, en cumplimiento de una senda o “itinerario” trazado tempranamente en la Declaración de Principios de la Junta de Gobierno de 1974, en el Anuncio de Chacarillas de 1977 y en declaraciones e instrucciones del gobernante de la época que suponía un proceso gradual en tres etapas “recuperación”, “transición” y “normalización”; conserva sus instituciones fundamentales y su “filosofía jurídica e institucional” o “doctrina”; por lo que hablar de una “nueva” Constitución es un término vacío. Entre tales instituciones o contenidos fundamentales de la Constitución se indica usualmente su parte dogmática.

Este debate a nuestro juicio es perfectamente fútil y artificioso. La Constitución de 1980 después de la reforma constitucional de 2005, es una “nueva” Constitución en cuanto a su contenido político-institucional (estatuto del poder), pero sigue siendo en gran medida la “vieja” Constitución en su Constitución Económica y Constitución Social, según lo hemos expuesto.

Sin embargo, no es el único debate fútil y artificioso, si no absurdo, que nuestro Derecho Constitucional conoce, así a modo ejemplar tenemos primero el “debate” en pleno régimen autoritario acerca del “blanqueo constitucional”, que presupone la supervivencia post revolución o “golpe” de la Constitución de 1925 (lo cual es un sofisma, a menos que se entienda que el estatuto fundamental del régimen autoritario integra fragmentariamente a la Carta de 1925), para identificar los decretos leyes que son fruto de la potestad legislativa y de la potestad constituyente residenciadas en la Junta de Gobierno, y, por ende, el tipo de decreto ley

que tendría la aptitud o virtud de modificar la Carta Política (D.L. N° 1, de 1973, D.L. N° 128, 1973, D.L. N° 527, 1974 y D.L. N° 788, 1974), y segundo, el debate acerca de si las Constituciones de 1833 y 1925 son nuevas Constituciones o simplemente reformas de las constituciones anteriores, en la medida que ambas Cartas Políticas se presentan formalmente a sí mismas y se juran o plebiscitan según el caso como “reformas”, aunque ambas “reformas” infringen las constituciones “vigentes”, como ocurre con el plazo de espera de ocho años y procedimiento democrático convencional de reforma de la Constitución liberal de 1828 (artículo 133), o como ocurre con el procedimiento especial de reforma de la Constitución conservadora de 1833 (artículos 163-168).

IV. CONCLUSIONES

En suma, a fin de superar un debate fútil y artificioso, acerca de la “vieja-nueva” Constitución o “Constitución de 1980-2005”, el debate útil o mejor dicho fértil se sitúa en el campo prospectivo o de futuro, enderezado a una reforma de segunda generación u “operación constituyente”, que confiera a la Constitución legitimidad democrática plena, modifique profundamente su estatuto del poder y enmiende la Constitución Económica y la Constitución Social, abriendo el techo ideológico de la Carta a las tres tradiciones y culturas (ideologías en sentido débil y fuerte) del constitucionalismo moderno: constitucionalismo liberal, constitucionalismo democrático y constitucionalismo social, y recepcionando la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho.

Este planteamiento, que apela al Poder Constituyente democrático y a la soberanía popular no es novedoso, posee un soporte innegable en las raíces del constitucionalismo moderno. Así en la usina de la Revolución Francesa Condorcet, uno de sus ilustrados protagonistas y víctima, llegó a afirmar un postulado básico y vigente del Poder Constituyente democrático: “un pueblo tiene siempre el derecho de rever, reformar o cambiar la Constitución; una generación no tiene derecho a someter a sus leyes las generaciones futuras”; principio recogido en el artículo 28 de la Constitución de 1793 y que pasa al constitucionalismo de los siglos XIX y XX, postulado incluso por Jefferson y Paine durante la revolución americana.

El resultado de esta aproximación prospectiva de una reforma constitucional de segunda generación u “operación constituyente”, fundada en la “soberanía popular” y sus procedimientos democráticos, y en un amplio consenso político, es lo que denominamos la “Constitución del Bicentenario”, es decir, el pleno reencuentro de Chile con sus tradiciones institucionales y con la necesidad de innovar; renovando el “pacto” político mayoría-minoría que subyace a la Constitución y a las decisiones fundamentales que contiene acerca de la relación Estado, individuo y sociedad civil y economía, a la forma política de Estado:

República democrática, forma jurídica de Estado: Estado unitario y forma jurídico-política de Estado: Estado de Derecho, régimen político y tipo de gobierno presidencialista; y los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que consagra.

En el contexto de la “Constitución del Bicentenario” debemos plantear y lograr un consenso para reformar profundamente el estatuto del poder y la carta de derechos, la parte orgánica y la parte dogmática de la Constitución, a partir de la apertura del techo ideológico y la recepción de reformas de segunda generación relativas a temperar el régimen presidencialista, recepcionar la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho, introducir un Estado regional, establecer institutos o técnicas de participación directa de la ciudadanía (referéndum, iniciativa popular de ley, revocatoria), incorporar una cláusula de primacía del Derecho Internacional común y convencional de los derechos humanos, crear una Defensoría del Pueblo y abrir el catálogo de derechos, deberes y garantías constitucionales a nuevos contenidos tutelares (derechos de pueblos indígenas y minorías, cláusula antidiscriminación, nuevos derechos individuales y colectivos, entre otros) y a nuevos mecanismos de protección extraordinaria como el amparo constitucional.

Todo ello obliga en primer lugar a asumir cambios en el “modo de pensar la Constitución” (Dahl), lejana a la fe acrítica del canonista o a la recalcitancia crítica con la Constitución documental y/o sus ideólogos reales o supuestos, que encubre una cierta “filia” o “fobia” ideológica con la Carta y sus primitivos autores históricos remotos.

En este contexto la reforma del régimen político presidencialista es aún una tarea pendiente, en la medida que este régimen es un “sistema contramayoritario” (Gargarella, Nino), es decir, un ordenamiento institucional que tiene entre sus “principales fines el de obstaculizar la formación, expresión y puesta en práctica de la voluntad de las mayorías”. Nuestro presidencialismo es un “sistema contramayoritario” reforzado por la incrustación de instituciones “contramayoritarias”; más allá de la tradición presidencial norteamericana que desde sus orígenes es un arreglo institucional que descansa en un principio de separación rígida de poderes, y en la desconfianza en la “tiranía de las mayorías” y el accionar faccioso, visión de los “padres fundadores” y de los “framers” de lo cual “El Federalista” es un elocuente botón de muestra; aunque tales definiciones en el proceso constituyente de 1787 no fueron pacíficas a la luz del “Antifederalista” y de la visión de un padre fundador como Jefferson, lo que queda demostrado con la temprana factura entre federalistas y republicanos democráticos.

Este régimen presidencialista como “sistema contramayoritario” coadyuva a un sistema político en que la lógica gobierno-oposición está dominada por una

competencia orientada al empate y falta de cooperación, lo que termina generando un “hiperpresidencialismo” (mayor concentración de poder en el Presidente de la República y Gobierno) como respuesta al tipo de oposición. Al mismo tiempo se produce un deterioro de la “calidad de la política” y una “corporativización de la política” (localmente percibida como patrimonialización de la política y de los cargos, y reproducción endogámica o por cooptación de la elite o “clase política”), asociada a la tradicional ley de hierro de las oligarquías partidarias, que produce un distanciamiento creciente de las elites políticas de la ciudadanía, con nocivos efectos en el ámbito de la participación política y vitalidad de la sociedad civil. Asimismo, como lo hemos expuesto en otro lugar, la fórmula electoral del sistema para elecciones parlamentarias conocida como “binominalismo” tiende a trasladar la competencia político-partidista al interior de los pactos o alianzas con consecuencias muy perniciosas.

A nuestro juicio la moderación o atemperación del régimen político presidencialista y modificación del “binominalismo”, generan cambios en el arreglo institucional que favorecen una ecuación equilibrada entre gobernabilidad y participación; y conjuran el peligro que la “democracia de partidos” se convierta en un “gobierno de partidos”.

Finalmente, también debemos plantear y lograr consenso acerca de la necesidad de reforzar la vinculación a la Constitución y la ley, y de establecer un régimen de control político y social en la medida que sea compatible con la función, y un régimen de responsabilidad constitucional y legal para las instituciones “contramayoritarias” del Estado (Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Banco Central); de suerte que su necesidad en la “democracia constitucional” no se traduzca en inmunidad de poder e irresponsabilidad, lo que de suyo es incompatible con una República democrática y Estado de Derecho. Se trata de encontrar mecanismos que aminoren una eventual “tiranía de los valores” y activismo judicial como ocurre con las judicaturas, y en especial con el Tribunal Constitucional. Un reconocimiento de estos peligros observa un antiguo juez constitucional y sólido jurista como D. Grimm al anotar “...el riesgo para una Jurisdicción Constitucional efectiva se halla en que los tribunales, ante el escaso grado de precisión que contienen, sobre todo, las normas materiales de la Constitución y al amparo de su aplicación, asuman tareas de configuración política y, de este modo, perturben los nexos de responsabilidad democrática y las limitaciones de funciones” (p. 37). El reforzamiento de la legitimidad instrumental y de la responsabilidad de las instituciones “contramayoritarias” aleja el peligro de un “gobierno de los jueces” o de un tecnocracia ideológicamente legitimista de un cierto modelo de desarrollo capitalista sin espacios para la política.

Ciertamente, no se trata de defender una reforma de segunda generación u “operación constituyente” inspirada en un nuevo “jacobinismo” democrático

radical, sino simplemente equilibrar al interior del Estado y del régimen político, organizado como una “democracia constitucional”, sus raíces democrático-representativas y democrático-participativas, y con ello, además, morigerar la “democracia de partidos”.

Para concluir, sólo resta agradecer la invitación de los programas de Magíster y Postítulo en Derecho Constitucional del Departamento de Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica de Chile a este panel, y abrir fuego en un debate de pasado-presente y sobre todo de futuro, que nos obliga a bajar del “cielo de los conceptos” (caracterizado por la sustitución del axioma cartesiano “cogito, ergo sum” por “cogito, ergo est”) de que nos hablaba seriamente Ihering y acercarnos a la realidad desde un compromiso vital con el orden republicano y democrático político-social, y con el por-venir de nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

- Abendroth, W. Forsthoff, E. y Doebling, K., *El Estado Social*. Edit. CEC, Madrid, 1986.
- Andrade Geywitz, Carlos, *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1991.
- Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of politics*, Yale University Press, 2ª edit., New Haven, 1986.
- Burdeau, Georges, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. (Trad. F. Falcón T.), Editora Nacional, Madrid, 1981.
- Cea Egaña, José Luis, “Rigidez Constitucional y Estabilidad Institucional” en *XX Jornadas de Derecho Público*, Edeval, Valparaíso, 1990.
- Dahl, Robert, *¿Es Democrática la Constitución de los Estados Unidos?* (trad. P. Gianera) Edit. F.C.E., Buenos Aires, 2003
- De Vergottini, Giuseppe, *Las Transiciones Constitucionales. Desarrollo y Crisis del Constitucionalismo a finales del siglo XX* (Trad. S. Perea Latorre), Edit. Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Duguit, León, *Las Transformaciones del Derecho (Público y Privado)* (Trad. A. Posada y R. Jaén), Edit. Heliastra, Buenos Aires, 1975.
- Friedrich, Carl J., “Gobierno Constitucional y Democracia. Teoría y Práctica en Europa y América” (Trad. A. Gil L.), Edit. IEP, 2 vol. Madrid, 1975.
- García Pelayo, Manuel, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución” en sus *Obras Completas*, 3 vol., vol. III, Edit. CEC, Madrid, 1991.

- Gargarella, Roberto, *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Edit. Ariel, Barcelona, reimpresión, Argentina, 1996.
- Grima, Dieter, *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*” (trad. R. Sanz B. y J.L. Muñoz de Baena S., y estudio preliminar de A. López Pina”), edit. Trotta, Madrid, 2006.
- Höffe, O., *Justicia Política* (Introducción J.C. Velasco), Edit. Paidós UAB, Barcelona, 2003.
- Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado* (Trad. L. Legaz y Lacambra), Edit. Nacional, 15ª edición, México DF, 1979.
- Linares Quintana, Segundo, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, 9 volúmenes, Edit. Plus Ultra, 2ª edición, Buenos Aires, 1977-1987.
- Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución* (Traducción y estudio de A. Gallego Anabitarte), Edit. Ariel St., 2ª ed., 3ª impresión, Barcelona, 1983.
- Martínez Dalmau, Rubén, *Constitución, Legitimidad Democrática y Autonomía de los Bancos Centrales*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Edit. Astrea, 1ª edición 1992, 2ª reimp., Buenos Aires, 2002.
- Posada, Adolfo, *Tratado de Derecho Político* (Edición y Estudio J. L. Monereo Pérez), Edit. Comares, Granada, 2003.
- Sánchez Viamonte, Carlos, *El Poder Constituyente. Origen y Formación del Constitucionalismo Universal y especialmente argentino*, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.
- Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional* (11 volúmenes), Edit. Jurídica de Chile, 2ª edición, Santiago, tomo III, 1997.
- Zúñiga U., Francisco, “La Reforma Constitucional y Legitimidad de la Constitución”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, U. Talca, Santiago, 2006.
- “Constitución del Bicentenario. Reforma Constitucional y Operación Constituyente”, *Revista de Derecho Político*, UNED, Madrid, 2006.
- “Reforma Constitucional. Presente y Futuro”, en libro colectivo *Chile 21 Reflexiona al Chile del XXI*, Edit. F. Chile 21, 2 vol., Santiago, 2005.
- Wheare, K.C., “Las Constituciones Modernas” (F. Morera y A. Alandé), Edit. Labor S.A., Barcelona, 1971.