

## CAPÍTULO SEXTO

### REFORMA CONSTITUCIONAL Y LEGITIMIDAD DE LA CONSTITUCIÓN\*

#### I. PRESENTACIÓN

Desde 1990 innumerables proyectos de reforma constitucional habían intentado sin éxito, suprimir los denominados “enclaves autoritarios” de la Constitución vigente a dicha fecha, hasta la reforma de 2005 promulgada mediante Ley núm. 20.050. Los enclaves autoritarios son arreglos o amarres institucionales para afianzar la injerencia de las fuerzas armadas y de orden en el proceso político (pretorianización en la práctica frustrada durante la década), y para forzar, paradójicamente en un régimen presidencialista, una suerte de empate político gobierno-oposición, *verbi gratia* a través de leyes de quórum especial que sustraen una parcela del dominio legal al principio de mayoría como regla de decisión parlamentaria o de un sistema electoral binominal con notorias distorsiones y quebrantos del principio de igualdad (y a los principios de representación y proporcionalidad), encomendado hoy a una ley orgánica constitucional de quórum especialísimo, entre otros.

También la Constitución vigente de la época posee instituciones “contramayoritarias” funcionando, como el Poder Judicial, el Banco Central, el Tribunal Constitucional, entre otros, 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, más allá de los derechos fundamentales, en los límites de la “democracia constitucional”.<sup>1</sup> Tales instituciones “contramayoritarias” se constituyen al alero de las “autonomías constitucionales”, y persiguen

\* Documento preparado para Seminario sobre la Reforma Constitucional, Taller Político-Institucional de la Fundación Chile 21. Santiago, octubre de 2006.

<sup>1</sup> Friedrich, Carl J., *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, trad. de A. Gil L., Madrid, IEP, 1975, vol. I, pp. 217 y ss., 317-331, 347-371, 499-529; Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. de A. Gallego Anabitarte, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1983, pp. 300 y ss.

cautelar ciertos “órdenes” de contenidos de la Constitución, como el orden constitucional (Tribunal Constitucional) o el orden económico-social (Banco Central).

En efecto, el constituyente autoritario proyecta una herencia perdurable, bajo un signo ideológico neoliberal, que es una Constitución económica y social centrada en los derechos fundamentales de libertad civil en especial de alcance patrimonial o económico. Un botón de muestra es el concepto restringido de Estado empresario del artículo 19, núm. 21, de la Constitución.

Finalmente, después de un prolongado trámite parlamentario que principia en junio de 2000 mediante dos mociones iniciadas en el Senado por parlamentarios de oposición y de gobierno (Boletines núm. 2526-07 y núm. 2534-07), aquilató en la cámara alta un trabajoso consenso político en lo medular acerca de una reforma constitucional profunda recogida un lustro después en la Ley núm. 20.050 promulgatoria de tal reforma, que busca fortalecer las definiciones del Estado como un Estado de derecho y una República democrática, y ciertamente morigerar nuestro exacerbado presidencialismo. El texto refundido, coordinado y sistematizado de la “vieja-nueva” Constitución política de la República se fijó mediante Decreto Supremo núm. 100, firmado por el presidente de la República y todos sus ministros en una solemne ceremonia el 17 de septiembre de 2005 en el Palacio de la Moneda, todo en virtud del artículo 2o. de la citada Ley núm. 20.050.

Precisamente hablamos de “vieja-nueva” Constitución o de Constitución de “1980/2005”, no en un juego de palabras o combinaciones, sino para designar que con la reforma constitucional de 2005 nuestro país posee en parte relevante una “nueva” Constitución en el plano político-institucional, subsistiendo algunos enclaves autoritarios significativos (binominalismo, leyes de “súper-mayorías”, autonomías constitucionales contramayoritarias), y posee una “vieja” Constitución en el plano económico-social, ya que en especial la Constitución económica y la social de cuño neoliberal persiste como herencia perdurable de la Constitución de 1980, otorgada autoritaria y neoliberal.

Por otra parte, no es este el lugar para un estudio pormenorizado de la reforma constitucional, sino más bien de una reflexión acerca de la necesidad de una reforma de segunda generación u operación constituyente con miras al bicentenario para 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 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

merced una legitimación democrática efectiva. 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.<sup>2</sup>

## 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” instalado en nuestro medio acerca de si la Constitución reformada es una “nueva” Constitución dada la envergadura de las “reformas políticas” (en la que incluso se derogan las disposiciones transitorias que configuraban un verdadero “derecho constitucional transitorio”, pero autoritario y se eliminan la firma del jefe de Estado de época, miembros de la Junta de Gobierno y ministros de Estado consignados en el Decreto núm. 1150, de Interior, 1980) o si es la “vieja” Constitución de 1980 reformada, dado que lo básico de la Carta se mantiene inalterado. Este es un “debate” artificioso y fútil. 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 (pasado-presente) tiempo histórico.

La Constitución Política de la República de 1980 es otorgada, autoritaria y neoliberal en su origen.<sup>3</sup> Esta caracterización hoy no resulta del todo aplicable a la Constitución vigente, aunque ésta conserve un déficit de legitimidad muy a pesar de sus reformas, y por ello 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.

<sup>2</sup> Sobre la reforma consultar Zúñiga U., Francisco (coord.), *Reforma constitucional 2005*, Santiago, Lexis Nexis, 2005; Nogueira Alcalá, Humberto (coord.), *La Constitución reformada*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales, Librotecnia, 2005.

<sup>3</sup> Linares Quintana, Segundo V., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 2a. ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1976, t. I, pp. 428-479.

La Constitución vigente, además, es una Constitución originaria dado que su “legitimidad” es la revolución de septiembre de 1973 (utilizando el concepto de “revolución” de Kelsen) y claramente, una Carta desarrollada y rígida.<sup>4</sup> En razón de ello la reforma de 1989 y posteriores (en especial la reforma de 2005) han incorporado una legitimidad democrática parcial a la Constitución, la que 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 el 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 de la postransición parecen notoriamente innecesarias. Más aún, la reforma constitucional emerge hoy como un modo para conferir legitimidad parcial a la carta y proyectar en el tiempo su normatividad e ideología.

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, aunque las reformas de 1989 y de 2005 tienen elementos de pacto político, y la legitimidad democrática mínima ganada en los últimos años, merced a sus numerosas reformas, no han saldado la deuda de origen de la carta. Y saldar tal deuda de legitimidad no es posible en el marco de la Constitución, en la medida que el ciclo reformista se proyecta sobre la base de un falso consenso constitucional impuesto por los bloqueos que el capítulo XV de la Constitución hace posibles. Luego, la rigidez tiene un sentido garantista en una Constitución democrática, 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 de algunas instituciones “contramayoritarias”, y la necesidad de ganar en legitimidad democrática, clausurando el debate sobre “reformas políticas”. En el fondo late un razonamiento de Wheare en este punto:

<sup>4</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. de L. Legaz Lacambra, 15a. ed., México, Nacional, 1979, pp. 167 y 168.

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 desobediencia 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 su 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.<sup>5</sup>

Para concluir en este apartado, solo 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 social, pero que suponen 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 política en la distribución territorial del poder del Estado.
- c) La incorporación de una cláusula de primacía del derecho internacional común y convencional, en particular en el campo de los derechos humanos.
- d) La optimización del catálogo de derechos fundamentales por la vía del reconocimiento de nuevos derechos económicos, sociales y culturales,

<sup>5</sup> Wheare, K. C., *Las Constituciones modernas*, Barcelona, Labor, 1971. En el mismo sentido en nuestro medio es premonitorio el trabajo de Cea Egaña, José Luis, "Rigidez constitucional y estabilidad institucional", *XX Jornadas de Derecho Público*, Valparaiso, Edeval, 1990, pp. 267-284.

y de la tercera generación de derechos, la recepción de la cláusula de Estado social y democrático de derecho, cláusula antidiscriminación, reconocimiento de pueblos indígenas, así como la introducción de un defensor del ciudadano (ombudsman) en el cuadro de garantías institucionales de protección y promoción de derechos, entre otras materias. Aquí también tiene cabida una reforma orgánica y procedimental que mejore un amplio 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.<sup>6</sup>

### III. LA NECESIDAD DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

Con motivo de cumplirse 20 años de la vigencia formal y parcial que data del 11 de marzo de 1981 (su vigencia total se remonta al 11 de marzo de 1990) de la Constitución de 1980, hemos escuchado hace un lustro comentarios acrílicos acerca del cuerpo constitucional, sus aportes e innovaciones, en especial su riqueza dogmática y garantista, que por lo demás está fuera de discusión en el campo de los derechos civiles, en especial de contenido patrimonial. Un lustro después, hoy se corre el riesgo de una defensa acrílica de la Constitución.

No hay duda que la Constitución es un subsistema normativo iusfundamental válido y eficaz, pero en gran medida se confunde el plano de la eficacia o facticidad con el plano de la legitimidad. Contribuye a esta cuasi identidad legitimidad-facticidad el que nuestra transición está marcada por un pacto político tácito posterior al pacto expreso en torno a las reformas de 1989, enderezado a aceptar o a lo menos transitar con sujeción al arreglo institucional heredado de la dictadura; de lo cual el signo más distintivo fue la permanencia hasta 1998 del exdictador capitán general Augusto J. R. Pinochet U. en la comandancia en jefe del Ejército y supervivencia como senador por derecho propio y más tarde al amparo de un ubicuo estatuto para

<sup>6</sup> Consultar *Las propuestas democráticas del Grupo de los 24*, Edita Patricio Chaparro por el Grupo de Estudios Constitucionales, Santiago, 1992.

“expresidentes”. Tal estatuto de expresidentes, espurio y antirrepublicano, fue incorporado por la reforma constitucional promulgada mediante Ley núm. 19.672 de 2000, y que se conserva hasta hoy. En suma una “transición a la democracia” dentro de lo “posible”.

La Constitución de 1980 nace como una Carta otorgada y autoritaria, y de allí su déficit de legitimidad, que a pesar de algunos aportes meritorios en particular en el campo de derechos civiles (en especial de contenido patrimonial) y sus garantías, se impone una reforma profunda a sus “enclaves autoritarios”, sin olvidar sus instituciones “contramayoritarias”, y también una apertura de su techo ideológico neoliberal y autoritario a fórmulas democrático–sociales.

Finalmente, cabe observar que no es frecuente que desde la academia o profesorado se aborde la reforma constitucional y su prospectiva, a partir de una toma de posición y con un lenguaje lejano al “hermetismo” y “culturanismo”, pero ello resulta necesario por una decisión básica y compromiso acerca de la forma de Estado que tenemos y un juicio crítico acerca de nuestro pasado histórico reciente.

Con cierta ironía R. V. Ihering, en *Jurisprudencia en broma y en serio*, destaca que los juristas tienen, o tenemos convendría decir, una inclinación al “cielo de los conceptos jurídicos”, en el que se encuentran todos aquellos conceptos que preocupan en la existencia terrenal. Parece ser que los teóricos participan de tal cielo y resulta una infidelidad pecaminosa bajar de él. Hemos incurrido en este “pecado” o desliz en la convicción de que la labor del teórico constitucional exige una toma de posición ideológica en sentido débil o fuerte (explícita y sin mengua del rigor metódico crítico) sobre la persona humana, el Estado–nación y el orden político.<sup>7</sup> El jurista de laboratorio o “puro” es una construcción implícitamente ideológica

En lo anteriormente expuesto no deja de haber una paradoja: la Constitución es un “texto con vocación de perdurabilidad temporal precisamente porque es capaz de adaptarse estructuralmente a los procesos históricos”, pero, como el mitológico dios Jano, tiene dos caras, la anotada perdurabilidad (rigidez y estabilidad) y la que pone de relieve la reforma de la Constitución: el “medio para su conservación y defensa”.<sup>8</sup> La reforma constitucional de 2005 llega 15 años tarde, ya que los sectores políticos ligados en el pasa-

<sup>7</sup> Ihering, Rudolf von, *Jurisprudencia en broma y en serio*, trad. de Román Riaza, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933.

<sup>8</sup> Contreras, Manuel, “La reforma de la Constitución”, en Ramírez Zaragoza, M. (ed.), *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, 1979, pp. 406 y ss.; *id.*, “Sobre las transformaciones constitucionales y sus límites”, *REP*, núm. 16, 1980, pp. 165-184.

do al autoritarismo, utilizaron la Constitución, sus “enclaves autoritarios” e instituciones “contramayoritarias” como un dique o muro de defensa de sus intereses.

No hemos llegado a sostener una perspectiva “transformativista” que concibe a la Constitución como un “centro motor” de un sistema que permite la transformación social y económica (Tierno Galván, García Cotarelo),<sup>9</sup> sino simplemente que la Constitución como pacto, tiene como punto de partida la “desconfianza” entre fuerzas sociales heterogéneas y antagónicas (Pérez Royo); por lo que, en democracias pluralistas al menos, establece las reglas fundamentales del estatuto del poder y catálogo de derechos fundamentales, con un techo ideológico abierto a las grandes doctrinas constitucionales de Occidente: constitucionalismo liberal, democrático y social.

De esta suerte la Constitución reconociendo la titularidad de la soberanía en el pueblo, admite direcciones de políticas públicas y espacios a la deliberación pública, como ocurre con la Constitución económica y social, con un sentido liberal o social, en función de las mayorías de cada tiempo histórico.

Del modo expuesto, si aceptamos que la Constitución, en la medida que es pacto político, debe ser un “plan jurídico” con techo ideológico abierto; la polisemia del concepto (Constitución-acto de acción, Constitución-*continuum* o *processus*, Constitución-forma, Constitución-contenido, Constitución: norma-programa, y Constitución: habilitación y limitación) adquiere una plena funcionalidad para el Estado, la sociedad civil y la economía.<sup>10</sup> Así, la Constitución escrita y rígida, es una Constitución democrática por su legitimidad, que mira al techo ideológico abierto o plural y a los mecanismos que se emplean en su origen y reforma, estando llamada a gozar de supremacía y estabilidad por su contenido, y a permitir, más de una lectura por los poderes públicos y por los intérpretes de la carta, en último término por partidos y fuerzas políticas.

<sup>9</sup> Sobre la perspectiva “transformativista” es clásico el texto de E. Tierno Galván, “Especificación de un derecho constitucional para una fase de transición”, *Liberalismo y socialismo: problemas de la transición: el caso chileno*, Madrid, 1975. También de García Cotarelo, Ramón, “El régimen económico social de la Constitución española”, *Lectura sobre la Constitución Española*, vol. I., ed. a cargo de T. R. Fernández, Madrid, 1978; Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, 6a. ed., Madrid, Marcial Pons, 1999. En Italia y Alemania son obligadas las citas a juristas como G. U. Rescigno, C. Lavagna y W. Abendroth.

<sup>10</sup> Grewe, C. y Ruiz Fabri, H., *Droits constitutionnels européens*, PUF, 1995.



#### IV. CONCLUSIONES

Finalmente, en lo que atañe a nuestra reforma constitucional, el restablecimiento pleno del Estado de derecho, democracia política y República, es la base, a partir de la cual se puede plantear una apertura total del techo ideológico de la Constitución y una plena legitimidad, incorporando contenidos propios del Estado social y democrático de derecho. En el fondo cabe plantearse, a partir de esta reforma, una “operación constituyente” orientada a una “organización racional” del Estado, es decir, “una renovación de la fundación del Estado, efectuada esta vez con la participación activa y consciente de la Nación”<sup>11</sup> sea mediante el recurso al poder de reforma de la Constitución (“Constitución de la Constitución”) o a la potestad constituyente originaria.

Tal “operación constituyente” no posee límites, ya que el poder de reforma constitucional, en el contexto de una Constitución rígida, no erige cláusulas limitativas materiales o temporales (*v. gr.* cláusulas de intangibilidad, pétreas u otras) a la reforma. En razón de ello, la supresión de los “enclaves autoritarios”, no solo confiere plenitud al Estado de derecho y la República democrática, sino que agrega un plus de legitimidad democrática a la Constitución, reforzando el pacto político que subyace a ésta y que permite “vivir” una democracia pluralista.

Enderezados al bicentenario de la República en 2010 podemos aspirar a una “operación constituyente” que reintegre al país plenamente a sus tradiciones democrática, liberal y social. Tal “operación constituyente” tiene un elemento de continuidad con el pasado que es el reencuentro con caras tradiciones republicanas que están en el origen del Estado nación, pero tiene un elemento de ruptura consistente en abrir la Constitución como sistema de normas a un arreglo institucional a las tradiciones del constitucionalismo democrático y social, dando respuesta a la necesidad de reformar el Estado en su forma jurídico política instaurando un Estado social y democrático de derecho, en su forma jurídica introduciendo grados mayores de descentralización en la organización territorial del poder que denominamos Estado regional y reformar el régimen político presidencialista con un sistema electoral que concilie mejor las exigencias de gobernabilidad y participación.

<sup>11</sup> Consultar a Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, trad. de Carlos Ruiz del Castillo, 2a. ed., Madrid, Reus, 1927, pp. 310-325; Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, trad. de J. A. González Casanova, Barcelona, Ariel, 1971, pp. 309 y 310.