

LA CONSTITUCION DE 1980: DESAFIOS DE SU CONSAGRACION COMO NORMA

Gonzalo García Pino

Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Nacional Andrés Bello

I. ¿QUE SE ENTIENDE POR CARACTER NORMATIVO DE UNA CONSTITUCION?

Una clasificación de la máxima relevancia para el derecho constitucional es aquella que distingue de acuerdo al grado de vinculación y vigencia jurídica directa de una Constitución¹.

Las constituciones, en su gran mayoría, contienen una pretensión normativa absoluta para hacer efectiva la supremacía constitucional. Lo natural es que si las normas inferiores han de sujetarse a la Constitución, ésta tenga una aplicación directa sin mediaciones de leyes inferiores que desarrollen los contenidos constitucionales.

En términos estrictos, no existen constituciones *normativas* o *programáticas*, sino que una Constitución tiende a poseer características más o menos *normativas*. Por ejemplo, es común a la mayoría de los textos que sus aspectos orgánicos tienen aplicación directa.

Sin embargo, cada vez más se ha abierto paso, dentro de las técnicas constitucionales, a la idea de la legislación complementaria de rango constitucional. En las leyes orgánicas-constitucionales o interpretativas (en Chile se suman las leyes de quórum calificado) reside parte importante de la Constitución orgánica. Esta técnica retrata las dificultades para definir al máximo rango jurídico una serie de cuestiones cruciales para el Estado, por ejemplo, su sistema electoral, sus regímenes de emergencia, sus órganos de justicia constitucional, etc.

Este aspecto tiene que ver con una cierta disyuntiva de los constituyentes, entre establecer ciertas *decisiones* a nivel constitucional o, por el contrario, dilatarlas. Forzar una definición clara y efectiva o virtualmente disruptiva en el seno de los constituyentes puede ir más allá de las posibilidades de consenso y de apoyo posterior a la Constitución. Incluso puede significar una serie de imposiciones de momento en desacuerdo con el dinamismo político (por sobre todo en procesos de transición), incluso contraproducentes en el mediano plazo. Remitir muchas cosas importantes a la llamada "legislación complementaria", o introducir demasiados principios programáticos que, por ende, no pueden ser hechos realidad en el futuro, puede desvalorizar o desmoralizar a la propia Constitución.

Este tema adquiere características de "querebella jurídica" en el caso de los derechos fundamentales. Se ha argumentado el carácter "programático" de muchos de los derechos incluidos en los textos fundamentales, en particular de aquellos con contenidos socioeconómicos, en cuanto importan una prestación social que ciertos Estados no pueden satisfacer, por ejemplo, el derecho a una vivienda digna. Este fenómeno se agudiza con la incorporación al derecho interno de las normas internacionales en materia de derechos humanos.

Por tanto, ¿cuán *normativa* es una constitución cuyos desarrollos jurídicos se hacen depender de normas de menor rango? ¿Existen o no esos derechos o son sólo "programáticos"?

Para reflejar la trascendencia de este debate, el Tribunal Constitucional español manifestó en una de sus primeras sentencias (STC 1/1981 de 26 de enero de 1981) acerca del Artículo 9º de la Constitución de 1978, esto es, "la vinculación de los preceptos constitucionales respecto de todos los poderes públicos" es un principio de especial relevancia para los derechos y libertades constitucionales, respecto de los cuales "el Tribunal ha dejado claro que no requieren de la '*interpositio legislatoris*' para que alcancen su plena eficacia

¹ Esta clasificación está construida por este autor sobre la base de cruzar dos variables indicadas por Lamounier Bolívar, en un documento de trabajo denominado "El Proceso Constituyente. Experiencias a partir de cuatro casos recientes: España, Portugal, Brasil y Chile" y del texto de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, tercera edición y segunda reimpresión (1991).

cia. Con ello se ha superado la históricamente tradicional concepción programática de nuestras constituciones del siglo XIX, asumiendo en plenitud su carácter normativo"².

II. LA CONSTITUCION COMO LEY SUPREMA: HACIA UNA CONSTITUCION PROGRAMATICA O NORMATIVA

La Constitución representa a la vez dos procesos paralelos. Por un lado, tiene una dimensión política dinámica entendida como un gran pacto político. La Carta Fundamental, en cuanto pacto político, debe representar el consenso nacional existente sobre cómo limitar el poder político y garantizar a la vez los derechos de las personas.

Por otra parte, la Constitución tiene una dimensión normativa que como toda ley pretende que sus mandatos sean cumplidos siempre, eficaz y prontamente por todos sus destinatarios. Sólo en la medida en que la Constitución Política logre ambos propósitos —ser ley eficaz y pacto legítimo— podrá regular la convivencia social de un modo justo, estable y pacífico. Centraremos el énfasis de este trabajo en la dimensión normativa de la Constitución que tiene más estrecha vinculación con la convocatoria de estas Jornadas de Derecho Público, la supremacía constitucional.

La supremacía política y jurídica de la Constitución implica, como principio, no sólo una simple sujeción del orden legal y administrativo a la Constitución, sino que la construcción de un sistema fundante y básico en el cual descansa todo el conglomerado de normas.

Esta exigencia dogmática supone tener como objetivo prioritario de un Estado de Derecho Democrático el hecho de que la Constitución rija normativamente a todo su ordenamiento y que ella misma sea directamente aplicable y no deba hacer depender sus contenidos en espera de una ley que la desarrolle.

¿Pero la Constitución de 1980 acaso es una norma aceptada, vinculante y respetada por todos los llamados a obedecerla?

Este tema lo desarrollaremos mezclando, tanto los problemas en los aplicadores de la

Constitución, en sus procesos constitucionales dinámicos, así como en los conflictos insertos en el propio texto constitucional.

III. LOS DEFICIT DE NORMATIVISMO DE LA CONSTITUCION DE 1980

Los analizaremos a la luz de los siguientes procesos constitucionales.

- 1.1. La génesis de la Constitución.
- 1.2. La supervivencia del sistema legal preexistente
- 1.3. La conciencia constitucional
- 1.4. La reforma constitucional
- 1.5. Constitución integradora y protectora de los derechos humanos
- 1.6. La técnica de la reserva. Dilación o decisionismo

- 1.1. *La Constitución de 1980 ha tenido desde sus inicios un fuerte cuestionamiento a su legitimidad que ha afectado el carácter normativo de ésta*

Lautaro Ríos, hace algunos años en las Jornadas realizadas en esta misma Universidad, expresó la dificultad que una Constitución impuesta u otorgada por la fuerza adquiere legitimidad a posteriori³. Básicamente se expone con largueza la imposibilidad de desentrañar la verdadera "voluntad del constituyente".

Algo tan básico y necesario como preguntarse ¿quién es el constituyente?, parece irresoluble. Este problema atañe innumerables conflictos jurídicos. Acaso es válido decir que era la Junta de Gobierno el Poder Constituyente a partir del Decreto Ley 788 que se autootorgó esta facultad, con la sola mención de que las modificaciones sucesivas se harían en el ejercicio del Poder Constituyente. ¿Cómo conocer la voluntad de un constituyente del cual no existen actas ni manifestaciones escritas oficiales?

¿Cómo reconocerle legitimidad a quienes alteraron el sistema de modificación de la Constitución de 1925 vaciándola de contenido en las famosas Actas Constitucionales y sometiendo la Constitución al amañeo de simples decretos leyes? ¿Cómo reconocerle alguna

² FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "El Sistema Constitucional Español", en GARCÍA BELAUNDE, Domingo, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco y HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, Editorial Dykinson, Madrid, 1992, p. 371.

³ RÍOS, Lautaro, "Razón y Fuerza en la Constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 16, Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Chile, N.º. 2-3, 1989.

pretensión de estabilidad a la Constitución, si ella misma apenas fue la máxima expresión de la flexibilidad del poder desnudo? Con gran razón se ha dicho que la Constitución fue gestada y aprobada en medio de controversias, de manera que nunca fue un símbolo de unidad nacional.

La determinación oscura de quién ha de entenderse por "Poder Constituyente" en la Constitución de 1980, genera errores que afectan a todo un sistema más claro de interpretación. Cuando los jueces recurren a la historia fidedigna de la Constitución para interpretar un precepto no tan claro, parecen caer a una remisión que revela más incertidumbre sobre los derechos. Por ejemplo, Patricio Zapata ha expuesto con largueza cuáles han sido los conflictos de ciertas escuelas interpretativas, como el originalismo o el literalismo, en donde justamente lo que está en cuestión es el sentido original del propio constituyente o la llamada "intención del constituyente"⁴.

1.2. *La supervivencia del sistema legal preexistente ha acrecentado la autonomía de estas normas respecto a la Constitución*

Este cuestionamiento, hoy día bastante superado según veremos, no ha dejado de afectar de raíz a la Constitución. La Carta Fundamental, sujeta a un marco de críticas sistemáticas, ha dejado por su naturaleza cuestionada, un amplio ámbito de *autonomía* a la legislación específica que supuestamente está ceñida a ella, restándole poder normativo a la Carta. Parte de esta autonomía está definida en la propia Constitución en sus Disposiciones Transitorias 1ª, 2ª, 3ª, 5ª, 6ª y 7ª, posibilitando que las normativas dictadas con anterioridad a la Constitución permanezcan en vigor mientras no sean expresamente derogadas.

No obstante, esta autonomía no es una pura cuestión sucesoria acerca de la vigencia de ciertas leyes bajo un nuevo marco constitucional. Ella se extiende a una auténtica no vinculación real de los postulados de la Constitución.

Ello explica que en la práctica judicial y en la enseñanza del derecho permanezcan inmaculadas sacrosantas instituciones jurídicas con una putrefacta sensación de su inconstitucionalidad. ¿Quién puede argumentar, desde la Constitución de 1980, que las normas del

derecho sucesorio establecidas en el Código Civil no implican una discriminación arbitraria y un atentado a la igualdad ante la ley? ¿qué principios fundan el orden sucesorio y las normas de la sucesión abintestato? ¿por qué persiste la separación entre filiación legítima e ilegítima, distinguiendo entre hijos legítimos, naturales y simplemente legítimos? ¿por qué en la prelación unos acreedores tienen preferencia a otros? ¿en qué principios se funda esta disímil concurrencia sobre un crédito? Así suma y sigue.

En materia penal, la falta de jerarquía en la penalización de ciertos delitos lleva a una mayor valoración de la propiedad sobre la libertad sexual e integridad física. Asimismo, ¿serán constitucionales algunas de las presunciones establecidas en el Código Penal?, ¿o puede seguir siendo compatible la presencia de tipos penales fundados en la apariencia personal, como la vagancia, la mendicidad o las actitudes sospechosas? En materia procesal, ¿existen garantías reales de un debido proceso en algunos procedimientos, como el militar, por ejemplo?

Así una revisión más exhaustiva sería un notable trabajo de tesis de grado o seminarios de derecho. Por ahora sólo me quedo en el plano de las dudas.

Que duda cabe que la Constitución de 1980 tiene plena validez y eficacia y que ella es aceptada mayoritariamente, desde que el país legitimó sus contenidos.

En el plano de los aplicadores, uno de los grandes conflictos jurídicos pendientes es la persistencia de la actitud mayoritaria de la Corte Suprema, en orden a no ser posible plantear un Recurso de Inaplicabilidad porque es un asunto que compete a los jueces del fondo y no a la Corte Suprema, además de que mal podría declararse inaplicable una norma que se encuentra derogada porque ya no se trataría de un precepto legal.

Esta remisión a los jueces del fondo constituye una remisión al vacío, puesto que éstos no resuelven estos casos o no se sienten suficientemente respaldados como para reconocer derogada una ley.

Los votos disidentes a esta posición tienden a vincular toda la normativa, dictada con anterioridad a la Constitución, a la supremacía que es del caso defender. Simplemente, reproduzcamos un párrafo de éstas: "...si los jueces pueden distinguir que una ley general, como lo es la Constitución, ha derogado una ley común especial, también podría esta Corte declarar la inconstitucionalidad conforme al artículo 80 de la Carta Política, que no hace diferencia entre las leyes anteriores o posteriores a ella para declarar en su caso la inconstitucionalidad. La tesis opuesta limita las fa-

⁴ ZAPATA LARRAÍN, Patricio, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-1991*, Mimeo, 1992.

cultades conferidas a esta Corte, sin que dicho precepto lo autorice"⁵.

1.3. *Esta autonomía hay que subordinarla consolidando la visión normativa de la Constitución.* Una de las maneras en que este proceso puede consolidarse es por la vía de la conciencia constitucional

La conciencia constitucional es el consenso de una Nación en la legitimidad de una Constitución. Ya sus años de vigencia nos muestran el enorme avance y reconocimiento fáctico y jurídico que ha alcanzado. Por muy defectuosas que aparezcan las constituciones, en pueblos con gran cultura jurídica, sus instituciones son de quienes las aplican. En tal sentido, los jueces y particularmente el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema tienen una función primordial en tal legitimidad.

En Chile, contra todas las críticas a la composición, el Tribunal se ha alzado la brillantez de algunos de sus fallos y su compromiso con el sistema democrático. Siempre ha parecido oscurecido en la transición democrática el rol que jugaron el Tribunal y sobre todo el juez Eugenio Valenzuela Somarriva. Simplemente recordemos que contra texto expreso (Disposición Decimoprimer Transitoria) permitió la existencia de un Tribunal Calificador de Elecciones para el plebiscito de 1988, en circunstancias que claramente ello era negado.

Mucho se ha satanizado el papel antidemocrático del Tribunal Constitucional, pero ¿acaso ha sido verdaderamente contrario o disruptivo a las decisiones mayoritarias de la ciudadanía?

Parece difícil de sostener esta afirmación, básicamente por las escasas oportunidades en que ha tenido que enfrentar cuestiones cruciales. En el fallo contra Colonia Dignidad, sostuvo la tesis del Gobierno; en el fallo contra los letreros camineros, igual cosa.

⁵ RDJ, tomo LXXXIV, 1987, sección V, p. 14, citado por JEANNERET SIMIÁN, Noelle, "Extensión del Recurso de Inaplicabilidad: el Problema de la Derogación Tácita y la Inconstitucionalidad de Forma", en *Revista Académica de Derecho*, N° 1, Universidad Diego Portales, diciembre de 1992, p.166. Asimismo, ver BERTELSEN, Raúl, "La Jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el Recurso de Inaplicabilidad (1981-1985)", en *Revista de Derecho Público*, Volumen 1985, N°s. 37-38, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pp. 167 y ss.

Incluso, el Tribunal Constitucional ha realizado algunos notables progresos aunque inconstantes. Por ejemplo, en materia de interpretación constitucional se ha abierto paso una interpretación sistemática y finalista de la Constitución, por sobre aquellos que postulan una suerte de originalismo y literalismo, recurriendo a "padres fundadores" anónimos y contradictorios, según vimos.

Otra materia, en donde recientemente han aportado elementos interesantes, es en lo que dice relación con las fuentes constitucionales. En Sentencia del 22 de julio de 1993, pronunciándose por la constitucionalidad de un proyecto de ley que creaba Juzgados de Policía Local, el Tribunal Constitucional al definir el ámbito de la Ley Orgánica Constitucional del Poder Judicial expresó que "debe también tenerse en consideración para resolver acerca de la conveniencia de mantener la razón decisoria contemplada en fallos anteriores del Tribunal Constitucional en relación a una materia determinada, que ello crea la certeza y seguridad jurídica necesarias para todos aquellos a quienes pueda interesar y/o afectar lo que éste resuelva sobre el punto. *Los cambios de doctrina jurídica por lo general deben producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que los justifiquen*". (Considerando 15°).

Analizando el rol normativo de la Corte Suprema respecto de la Constitución, hay que recordar que ésta tiene el control posterior y relativo de la constitucionalidad de las leyes por la vía de los Recursos de Inaplicabilidad. No obstante, durante todo este período, a diferencia del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema ha fallado en dos aspectos fundamentales. En primer lugar, el escaso número de recursos de inaplicabilidad presentados, si bien no es culpa de la Corte Suprema, habla mal del prestigio que ésta ha alcanzado en esta materia. Una de las principales razones que se observa en ese decaimiento obedece a la forma en que son interpretados los Recursos. Al ser la Corte Suprema, una Corte de Casación, acostumbrada al análisis de las formalidades de los recursos, ha ejercido de una manera ritualista y excepcional los recursos de inaplicabilidad, no haciendo exámenes exhaustivos de la Constitución ni menos utilizando una visión sistémica y finalista, primando el literalismo.

Otro defecto de la Corte ya lo explicamos anteriormente en el tema de la supervivencia de la ley, pese a una inconstitucionalidad sobreviniente. En los hechos se le reconoce una autonomía de las normas legales previas al nuevo orden constitucional al no poderlas derogar debilitando la eficacia normativa y aplicabilidad de la Constitución de 1980.

1.4. *La reforma de la Constitución hace ganar en normatividad a la Constitución*

Crisis histórica: Cambio constitucional y de Gobierno

La historia constitucional chilena se caracteriza claramente por el establecimiento de sus ordenamientos fundamentales en períodos de crisis. Las tres grandes Constituciones nacionales se originan o surgen desde procesos de fuerza y sus postulados se orientan contra las visiones o circunstancias preexistentes.

La Constitución de 1833 no sólo es una respuesta a la anarquía existente, sino sobre todo a lo que representaba la Constitución de 1828 respaldada por el caudillaje oligárquico y liberal, La Constitución de 1925 es claramente antiparlamentarista o antiasambleísta y la actual Constitución de 1980 se funda en una profunda y radical visión crítica de la democracia republicana hasta 1973.

A estas crisis y reacciones hay que sumarles la más patente mutación constitucional producida en una Carta Fundamental chilena provocada por la cruenta guerra civil de 1891. En ella no sólo existió un cambio del sentido interpretativo de la Constitución sino que una imposición por las armas de la misma. Aquí los defensores del poder presidencial fueron absolutamente derrotados por los partidarios de las prerrogativas del Congreso, división a la cual se arrastró a una rama de las Fuerzas Armadas en contra de la otra.

Simplemente se puede señalar que cada profunda crisis histórica chilena devino en una nueva Constitución. Una cuasi guerra civil (1829), una guerra civil (1891), una toma militar del poder (1924) y una crisis de extrema polarización social, militar y política (1973), constituyen los antecedentes inmediatos de la Constitución de 1833, del profundo cambio del sentido de ésta, de la Constitución de 1925 y de la Constitución de 1980.

Es más, estas son las grandes crisis internas de toda la historia republicana de Chile. Probablemente, los únicos sucesos que no aparecerían abarcados bajo esta interpretación son los enfrentamientos militares de 1851 y 1859. Pero incluso ellos marcaron el comienzo de las fisuras de la República Autoritaria, la consolidación de la oposición y el surgimiento de las primeras formaciones partidarias, fenómenos fundamentales para interpretar la crisis de 1891.

Incluso el rol de la Constitución dentro de las crisis es tan significativo que constituye el vehículo privilegiado a través del cual se pretende morigerar o maximizar el conflicto. Tal es el caso de la gran reforma de 1970 que, sumado al Estatuto de Garantías Constitucio-

nales, representaron no sólo un cambio profundo de la Constitución de 1925, sino que un intento por fortalecer los cauces jurídicos de control en miras de un gobierno que desafiaba la "legalidad burguesa". Esta previsión constitucional de la crisis no impidió que ésta se agudizara aun contra el texto expreso de la Constitución.

En todas estas rupturas hay dos grandes constantes. Primero, que la génesis de las nuevas constituciones implicaron estar teñidas abiertamente por el espíritu de la crisis, siendo establecidas sus normas con serias falencias de legitimidad. En esto hay que ser categóricos, no existe Constitución alguna cuyo origen no haya sido procedimentalmente objetable.

La Constitución de 1833 fue establecida como reforma de la de 1828, pese a su irreformabilidad hasta 1836. En las otras dos sus procedimientos simplemente fueron inventados sin ceñirse en lo más mínimo a las Cartas vigentes. Además de este factor, ellas adolecen de serios vicios de fondo, principalmente por la carencia o restricción de las libertades públicas básicas para su establecimiento.

La Constitución de 1925 contó con el curso decidido de los militares que impidieron la "vuelta atrás". Finalmente la Constitución de 1980 es el máximo reflejo de una Constitución otorgada a medida y apoyada en un control político total. Estas observaciones no se ven afectadas por la existencia de ciertas virtudes en todo el proceso de generación de las constituciones. Sin duda que es positivo el enorme estudio que respalda la Constitución de 1980, particularmente en lo relativo al capítulo de Derechos y Deberes, pero ello no es óbice de la crisis de legitimidad de la Carta. A lo más, dicho factor podrá ser ponderado como una buena técnica constitucional.

La segunda constante de estas rupturas radica en el hecho que cada una de ellas ha implicado una profunda reforma al tipo de gobierno en Chile. Tales cambios son tan significativos que difícilmente son reconocibles las herencias de un sistema en otro⁶. Es así como el país ha vivido bajo una república autoritaria constitucional, un régimen de asamblea, un gobierno presidencialista y un régimen militar de cuño liberal. Curiosamente cada uno de estos tipos de gobierno guarda semejanzas y diferencias con formas de go-

⁶ Incluso por más que discursivamente se intente tal asimilación como es el frustrado esfuerzo de los profetas de la Constitución de 1980 en la invocación del "espíritu portaliano".

bierno clásicas de experiencias comparadas. En el orden histórico, tales comparaciones son posibles de realizar con la monarquía constitucional⁷, el parlamentarismo, el presidencialismo americano y el neopresidencialismo de raigambre autoritaria o presidencialismo reforzado, respectivamente. Lo cierto es que, si bien tales aproximaciones son posibles de realizar parecen algo gruesas en sus similitudes, por de pronto; dos de ellas no son buscadas conscientemente.

La monarquía constitucional no constituía, ni podía serlo tampoco, un paradigma para los países americanos que rompían con ese tipo de legitimidades. Parecía predominar claramente la búsqueda de una forma mixta de gobierno que equilibrara el ejercicio del poder político por medio de la incorporación de las clases sociales en diversas instituciones gubernamentales⁸. Este hecho queda claramente descrito al analizar la composición de las Cámaras, el Consejo de Estado y la Comisión Conservadora en la Constitución de 1833.

De la misma manera, los inspiradores de la Constitución de 1980 no pretendían haber establecido un régimen autocrático neopresidencialista⁹. Muy por el contrario, lo inscriben dentro del proceso democrático como una rectificación de los vicios del pasado republicano anterior al golpe de Estado de 1973. No obstante, en la base de las nuevas instituciones sugeridas no se recurre al fortalecimiento de los derechos del electorado, sino al de instituciones burocráticas asumiendo un nuevo rol político en ellas la Corte Suprema y las Fuerzas Armadas. Independiente de las similitudes o no con el neopresidencialismo, la Constitución de 1980 está afecta a una

esquizofrenia galopante de legitimidades: no quiere representar lo que es y pretende ser lo que no es.

Distinto es el caso de la mutación de 1891 y de la Carta del 25; en ambos casos sus orientaciones pretenden asimilarse al parlamentarismo y al presidencialismo respectivamente. No obstante, tampoco constituyen ejemplos de cada uno de esos modelos. Concordamos con quienes creen¹⁰ que el parlamentarismo desde 1891 en adelante hasta la década del 20 no fue sino un claro gobierno de asamblea¹¹.

En el caso del presidencialismo que se inaugura con la Constitución de 1925, y particularmente con su vigencia efectiva y regular desde 1932, nos encontramos con un tipo de gobierno que en su texto escrito pretende asimilarse al presidencialismo norteamericano. No obstante, su aplicación en un país con un sistema de partidos múltiples y tendencialmente polarizados, con un régimen electoral de representación proporcional y con cláusulas constitucionales que no favorecían los acuerdos y privilegiaban el minoritarismo, implicaron una transformación de este sistema en lo que se ha denominado un "presidencialismo de doble minoría"¹².

¹⁰ Fernández, Heise, Gazmuri(?), ARRIAGADA, Genaro, "El Sistema Político Chileno", en *Estudios CIEPLAN* N° 15, diciembre 1984, Santiago, pp. 171-172. Silva Vargas.

¹¹ Karl Loewenstein ha llamado la atención acerca de esta forma de gobierno en la cual prima claramente el dominio del Parlamento. "El Ejecutivo está estrictamente sometido a la asamblea, siendo tan sólo su órgano ejecutivo o su servidor, designado o destituido discrecionalmente por la asamblea. (...) Ningún órgano estatal está legalmente autorizado para interferir en la autonomía y en el monopolio del poder ejercido por la asamblea, o de la supervisión de ésta. En virtud de esto no hay ningún derecho del gobierno a disolver el Parlamento, aunque cabe pensar en una disolución por parte del electorado soberano". Ver, Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, segunda edición, cuarta reimpresión, 1986, pp. 98-99.

¹² ARRIAGADA, Genaro (1984), p. 173. Doble minoría, en el sentido que se permitía el acceso a la Presidencia de la República de quien obtuviera una mayoría relativa, traducida en los hechos en una minoría. Y por la circunstancia que el Jefe de Gobierno podía bloquear las iniciativas de la mayoría parlamentaria con sólo contar con un tercio más uno de los votos en cada una de las Cámaras.

⁷ Por el carácter y rol casi monárquico que asume el Presidente, primordialmente bajo la república de inspiración portaliana, obviamente no con la legitimidad de la sucesión en los cargos.

⁸ Esta vieja concepción aristotélica había adquirido fuerza con los certeros planteamientos de Montesquieu, quien no sólo había sugerido una estructura de tipos de gobierno, sino que apuntando al centro del fenómeno del poder, señala que el ejercicio de la "virtud cívica" supone el cumplimiento real del anhelo republicano. Sin duda, fue este autor la inspiración de Portales, cuando éste expresa que el "resorte principal de la máquina es la virtud cívica".

⁹ Régimen político de apariencia constitucional democrática, donde los demás poderes del Estado están sometidos en la conformación de la voluntad estatal al Presidente.

Estas dos tendencias constitucionales que hemos descrito, a saber, constituciones impuestas por las crisis históricas y alteración de los tipos de gobierno a partir de las crisis, pueden encontrar una nueva y distinta forma de expresión con la transición hacia la democracia gatillada desde el plebiscito de 1988 en adelante¹³.

Cambio constitucional de 1989: Acuerdos contra la crisis

Por primera vez parece advertirse en nuestra historia un quiebre de la tendencia de cambios constitucionales originados por las crisis históricas. La reforma de 1989, sin constituir una profunda revisión de la Carta de 1980, sí implica una transformación simbólica de magnitud.

En ella se modificó el espíritu de la Carta, fortaleciendo de manera considerable el estatuto de derechos constitucionales, la responsabilidad del Estado chileno ante la comunidad internacional, la ampliación de los derechos políticos y la flexibilización de su rígido sistema de reforma. La máxima expresión de este cambio lo constituye la derogación del artículo 8º, paradigma de un régimen de libertad limitada.

El fundamento de esta transformación encuentra poderosas y variadas razones que motivaron concordar un cambio. Razones operativas y tácticas de conveniencia mutua, y razones de fondo acerca de la evolución del sistema constitucional operaron en favor del cambio.

Una simple constatación acerca de la oportunidad para las modificaciones implicaba darse cuenta que la Junta de Gobierno podía, durante el período anterior a marzo de 1990,

cambiar la Constitución como una simple ley, adquiriendo eficacia por su posterior aprobación plebiscitaria¹⁴. Para el régimen militar implicaba mantener bajo su voluntad los medios para el cambio y no esperar una reforma eventual con un Parlamento que se preveía adverso. Para la Concertación de Partidos por la Democracia constituía una oportunidad de reforma constitucional que le hubiera sido esquiva por el procedimiento pétreo que contemplaban las normas permanentes del capítulo de reforma y por la casi certeza acerca de la imposibilidad de alcanzar las mayorías cualificadas que permitieran los cambios más fundamentales.

Asimismo, una razón táctica poderosa indujo la imperiosa necesidad de las modificaciones. La Constitución de 1980 estaba construida como un laberinto que se autocontrolaba perfectamente. Era un tablero de ajedrez donde las piezas democráticas estaban suficientemente resguardadas por cláusulas u órganos burocráticos autoritarios. No obstante, un error en su edificio jurídico amenazó su destrucción. El capítulo de reforma de la Constitución no aparecía mencionado entre aquellos de la Constitución que requería una mayoría cualificada para su cambio. Con lo cual podía alterarse con una simple operación parlamentaria toda la Constitución. Advertidos sobre esta situación, los negociadores del régimen militar pudieron vencer la resistencia de los "duros", de aquellos que no eran partidarios ni de la reforma más mínima.

En cuanto a las razones de fondo, se concordó en una serie de puntos básicos que parecían, en su momento, instrumentalmente necesarios para la gobernabilidad y el tránsito a la democracia.

Estas reformas, a no dudarlo, contribuyeron a darle estabilidad política a nuestra transición. Por ello, parece risible la exigencia de ciertos empresarios en orden a que toda modificación de la Constitución es un atentado a la estabilidad de nuestras instituciones e indirectamente del sistema económico. Parece ser que un neomarxismo antihistórico ha comenzado a dominar, puesto que sujetan la estabilidad de nuestras instituciones a los supuestos macroequilibrios económicos, en circunstancias que tanto las instituciones económicas como las políticas requieren estabilidad sin relaciones de subordinación entre ambas.

¹³ Entenderemos por transición a la democracia los hechos y situaciones que producen el debilitamiento del régimen autoritario y preparan su caída y el advenimiento de un nuevo régimen democrático, durante un lapso previo a estos últimos acontecimientos y en el que se pueden incluir la elección de un Ejecutivo e, incluso, de un Parlamento por medios democráticos, pero sin que llegue a efectuarse una plena transferencia de poder de las antiguas a las nuevas autoridades. Ver GARCÍA, Gonzalo y MONTES, Juan Esteban, *Subordinación Democrática de los Militares. Éxitos y Fracasos en Chile*, Memoria de Grado de Licenciatura de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. xvii-xix.

¹⁴ Disposiciones Transitorias Decimosexta y Vigésimoprimera de la Constitución de 1980.

1.5. *La Constitución es un orden integrador y protector de todo el ámbito de los DD.HH. Esta integración supone la plena y absoluta incorporación y vigencia interna de los Tratados Internacionales aprobados y ratificados por Chile. Ello contribuiría a construir un sistema normativo más completo*

No obstante la debilidad de las decisiones jurisdiccionales, la escasez de estudios en la materia han llevado a reconocer la escasa relevancia interna que tienen los Tratados Internacionales en materia de DD.HH.

Hace poco, en una exposición para la Universidad Nacional Andrés Bello, recordaba en materia de aborto, que nuestro país al suscribir la Convención Americana de los Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José, incorporó el Artículo 4.1 que expresa que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

Con este simple artículo se reconoce el *status* de "persona" al feto y se pone en cuestión el principio de viabilidad que exige el Artículo 74 del Código Civil para ser tenido como sujeto de derecho o reconocerle su existencia legal. Así, si uno analizara la correspondencia que tienen estos derechos con los consagrados en el orden interno, se llevaría sorpresas de magnitud.

1.6. *La técnica de reserva. Dilación o decisionismo*

Más que una clasificación entre dilación y decisionismo este es un debate jurídico. Pero hemos mantenido esta aparente dicotomía, de notables efectos jurídicos para todo el ordenamiento, en razón de la extendida utilización de los mecanismos de las reservas de ley y de otras legislaciones constitucionales complementarias que importan un vaciamiento de la Constitución en compromisos hacia el futuro. Por ejemplo, la Constitución chilena de 1980 es clara en esta línea. Existen 46 reservas legales en materia de derechos y deberes, además de 14 leyes orgánicas constitucionales y 9 leyes de quórum calificado.

La Constitución de 1980 postergó su normatividad a una abundante legislación complementaria en donde reside la verdadera Constitución. Es notable la dirección contraria al normativismo y favorable al poder, puesto que todas las Leyes Orgánicas Constitucionales relativas a la organización del poder han sido dictadas, con la sola salvedad de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República. En el caso de las leyes de quórum calificado, han sido aprobadas las referidas a políticas de organización (Consejo Nacional de Televisión) o de represión (conductas terroristas). Y en el caso de la reserva de ley, la mayoría de ellas no han sido dictadas demostrando claramente cuál ha sido el "apuro del legislador de la década del 80". Con ello, se han establecido rigideces inaceptables para el sistema normativo.

Durante el curso de las Jornadas afinaremos nuestro análisis normativo de la Constitución.