

Francisco Zúñiga Urbina (Chile)*

Nueva Constitución y constitucionalismo en Chile**

RESUMEN

El expositor plantea la necesidad de una operación constituyente para dar inicio a un proceso que culmine en una nueva Constitución del Bicentenario, que recoja reformas de primera y de segunda generación. De ese modo se abriría el techo ideológico de la Constitución y se renovararía el constitucionalismo nacional.

Palabras clave: Constitución política, principios constitucionales, constitucionalismo democrático, neoconstitucionalismo, sistema contramayoritario, reforma constitucional, Chile.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Autor legt die Notwendigkeit dar, eine Verfassungsdiskussion zu beginnen und zur Zweihundertjahresfeier ein neues Grundgesetz einzuführen, das Reformen der ersten und zweiten Generation aufgreift. Somit wären die ideologischen Begrenzungen der Verfassung gelöst und eine Aktualisierung des chilenischen Konstitutionalismus möglich.

Schlagwörter: Staatsverfassung, Verfassungsprinzipien, demokratischer Konstitutionalismus, Neokonstitutionalismus, mehrheitsunabhängiges System, Verfassungsreform, Chile.

ABSTRACT

The author poses the need for a constitution-creating operation to develop a new "Bicentennial Constitution" that includes first and second generation reforms. Thus, the Constitution's ideological ceiling would be raised and national constitutionalism would be renewed.

Keywords: political constitution, constitutional principles, democratic constitutionalism, new constitutionalism, counter-majority system, constitutional reform, Chile.

* Profesor titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile. <fzuñiga@zdmcabogados.cl>

** Ponencia al Simposio Internacional *El constitucionalismo social latinoamericano a la luz del Bicentenario: desafíos y perspectivas*, panel final, titulado "¿El constitucionalismo latinoamericano, ¿unidad en la diversidad? El caso de Chile, entre consolidación y renovación", organizado por el Heidelberg Center para América Latina, 5 y 6 de septiembre de 2011.

1. Presentación

Me propongo esbozar una respuesta a una serie de preguntas muy relevantes en torno a una por venir nueva Constitución en Chile: *¿Hay que reformar? ¿Qué reformar y por qué hacerlo? ¿Cómo hacerlo? ¿Cuántos derechos resiste una Constitución? ¿Es factible una reforma política o una nueva Constitución?* En esta oportunidad me centraré en la pregunta de *¿Cómo hacerlo?*, reconociendo así un nuevo constitucionalismo cuyas coordenadas teórico-metodológicas arrancan del positivismo normativista crítico, del constitucionalismo democrático y del constitucionalismo social y, por ende, revela un cierto escoramiento ideológico.

Hablaré primero de ese nuevo constitucionalismo, por cuanto el viejo y siempre raquítico constitucionalismo liberal tuvo en Chile destacados exponentes en el siglo XIX (Lastarria, Briseño, Carrasco Albano, Huneeus) y en el siglo XX (Roldán, Guerra, Amunátegui) y dado que el constitucionalismo democrático es un brote germinal y débil (Hostos, en el último tercio del siglo XIX y Bernaschina a mediados del siglo XX), al igual que el constitucionalismo social (Letelier entre los siglos XIX-XX).

En la década de 1960 y en los albores de la década de 1970, de la mano de importantes cambios en el mundo de posguerra, se observa en Chile, como en el resto de Latinoamérica, un epocal y poderoso constitucionalismo democrático y social, que desaparecerá con el golpe de Estado-revolución de 1973. Reaparecerá a fines de la década, con la fundación del Grupo de Estudios Constitucionales (Grupo de los 24), teórica y metodológicamente influido por el institucionalismo francés de la revolución Duverger. En las universidades, intervenidas o *cautivas* durante el régimen autoritario, el constitucionalismo está ausente a pesar de que en 1977 se reanudan las Jornadas Chilenas de Derecho Público, y un buen botón de muestra es la orientación temática y los autores recogidos en la *Revista de Derecho Público* de la Universidad de Chile.

El constitucionalismo democrático sobrellevó durante largo tiempo las frustraciones de un orden constitucional autoritario-neoliberal, cuya reforma se veía lejana y prisionera de una transición difícil iniciada en 1990. De ese modo, la reforma constitucional de 2005 llegó 15 años tarde, con un contenido reseñado en los acuerdos de las comisiones técnicas de Concertación-Renovación Nacional de 1989. Iniciada la transición, el debate acerca del régimen político (semipresidencial o parlamentario) fue tempranamente sepultado por la *Realpolitik*, que afianzó el presidencialismo ante unas fuerzas armadas aún presentes en las grandes decisiones políticas y custodias del “orden institucional” heredado, y con el senecto exdictador como comandante en jefe del Ejército hasta 1998.

En ese periodo (1990-2005) los *enclaves autoritarios* institucionales habían cumplido sus funciones de barrera de contención o defensa del orden heredado, con el auxilio de las fuerzas armadas pretorianas, y le imprimieron su sello a la transición, a lo cual la élite gobernante del periodo (1990-2010) se acomodó. Tal orden político-institucional, social y económico del que es reflejo la Constitución de 1980 fue fruto del régimen autoritario-neoliberal y, como tal, resultado de una revolución-refundación autoritaria del capitalismo. En suma, de una dictadura de clase.

Por otra parte, en la serie de preguntas antes enunciadas, todas *de constitutione ferenda*, probablemente subyace una pregunta de fondo: *¿Qué hacer con la Constitución.*

Esto plantea emprender un esfuerzo teórico-práctico de envergadura, inabordable en esta ocasión, cual es elaborar un concepto normativo de Constitución con dos significados. El primero da respuesta a qué es la Constitución normativamente, en cuanto parte de un sistema u ordenamiento jurídico, y cuál es su posición en las fuentes formales del derecho. En este campo la tradición positivista contemporánea es fecunda (Kelsen, Ross, Hart) y nos ofrece una concepción estructural del derecho que identifica normas de conducta y normas de organización que operan como reglas de competencia positiva y negativa. El segundo da respuesta a para qué sirve la Constitución, campo en que Bobbio y su *escuela* (Ferrajoli) abren un camino al defender una concepción funcional del derecho que desentrañe sus funciones distributiva y promocional (y no solo represiva-protectora) en razón de ciertos fines, sin quedar, al introducir funciones-fines, prisioneros de enfoques metafísicos o (neo)iusnaturalistas.¹ Ello nos permite aceptar que la Constitución es un producto histórico, pero no es un sistema de normas inerte, ya que también puede ser parte del cambio social. También así se abren la ciencia jurídica en general y el derecho constitucional en particular a la colaboración interdisciplinaria de otras ciencias sociales.

Lo anterior nos sitúa en las antípodas de un constitucionalismo (neo)liberal, (neo)conservador; el primero, que reinventa una tradición liberal cuyas raíces nunca fueron profundas en Chile, y el segundo, iusnaturalista e historicista, anclado profundamente en el originalismo (textualista o intencionalista) de un constituyente autoritario-neoliberal inexistente, cuya fuente cuasisagrada serían las *Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución*. Pero también nos sitúa en las antípodas del (neo)iusnaturalismo en boga, de derechas o de izquierdas, que se denomina *neoconstitucionalismo* y que aspira a un “maximalismo constitucional”, convirtiendo la Constitución material (bloque constitucional de derechos incorporado) en un demiurgo normativo con el pretexto de una “constitucionalización del derecho” de la mano de la “fuerza normativa de la Constitución”, sin reparar en el enjundioso problema de la formulación lingüística, la estructura y la densidad de las normas iusfundamentales; todo de la mano de una distinción dudosa entre principios y reglas. Se produce un embeleso con la Constitución y su “sistema material de valores” (“filosofía perenne”), y una disposición epistémica que denominamos *fetichismo constitucional*, que transforma a la Constitución (texto sagrado, interpretado, reinterpretado hasta el infinito) en la fuente de todas las respuestas, que avala un desenfrenado activismo judicial (y con ello un acusado elitismo epistemológico), una suerte de derecho material inagotable y que además constitucionaliza todo el derecho.

Este *neoconstitucionalismo* tiene correlato en el sistema interamericano y en la cultura jurídica continental en ese verdadero paroxismo del arbitrio judicialista que es el “control de convencionalidad” ejercido por una Corte Interamericana en un ámbito interestatal que de ningún modo es un espacio político supranacional, sistema con un acusado déficit democrático.

¹ Norberto Bobbio: “Hacia una teoría funcional del derecho”, en *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja* (prólogo de G. Carrió), Buenos Aires: Astrea, 1976, pp. 9-30. Véase también de Norberto Bobbio: *Contribución a la teoría del derecho (Estudio, recopilación y traducción de A. Ruiz Miguel)*, Valencia: Fernando Torres, 1980, pp. 241-287, 367-390.

Probablemente este no es el lugar para abordar la cuestión teórico-metodológica y metateórica que subyace a estas variantes del constitucionalismo, ni todas las polémicas que podrían suscitarse del breve enunciado de problemas que plantea el *neonconstitucionalismo*; pero ciertamente un lugar importante en la diferenciación de variantes del constitucionalismo lo tiene el espacio que la “democracia constitucional” o, mejor, la democracia a secas brinda a la política y al proceso político democrático. Este esquema no busca incurrir en maniqueísmos absurdos como aquel que distingue entre un constitucionalismo “humanista” y un constitucionalismo “estatalista” (M. A. Fernández), sino dar cuenta de que en nuestra cultura jurídica subsisten diversas expresiones del constitucionalismo, histórica e ideológicamente condicionadas, de lo cual surge la necesidad de abrir el horizonte ideológico de nuestro orden constitucional y favorecer un pluralismo constitucional.

Hoy asistimos paradójicamente a la creciente aceptación de un tópico o lugar común en orden a que la Constitución 1980-2005, vieja-nueva, después de 30 años de vigencia, habiendo incorporado más de 25 reformas constitucionales en dicho periodo, está cumpliendo su ciclo o generación en términos de Jefferson, y se requiere, en consecuencia, un nuevo arreglo político-institucional. Esta creciente aceptación es probablemente la resignación ubicua de la clase política ante los movimientos sociales y el *estado de malestar* que se observa en la sociedad civil, y lleva a muchos a afirmar con liviandad o cinismo: “La economía va bien, la política va mal”.

Es ajeno a la disciplina que cultivamos indagar en las causas de este supuesto término de un ciclo. Con la modestia que el método jurídico tiene, solo nos referiremos a los contenidos y formas de una nueva Constitución y el estado de la cuestión. En nuestro país, a pesar del ciclo de reformas de la transición política cerrada en el 2005, la Constitución vigente es nueva en gran parte de su estatuto del poder, pero es vieja en aspectos muy sustanciales, a saber: la Constitución económica y la Constitución social que se mantienen en los contenidos gruesos, es decir, fiel reflejo de una refundación autoritaria del capitalismo, con nítido sello neoliberal, expresada en la fórmula del Estado subsidiario (mínimo); amplia recepción de derechos civiles de contenido patrimonial revestidos de una protección judicial extraordinaria en el proceso de amparo de derechos ante tribunales superiores de justicia; “autonomías constitucionales” como dispositivos contramayoritarios y enderezadas a defender o custodiar el “orden constitucional” (Tribunal Constitucional y Banco Central), y *enclaves autoritarios* subsistentes, como la legislación de *supermayorías* o de quórum especial para dotar de estabilidad el desarrollo de ciertos institutos de la parte dogmática de la Constitución (previsión, salud, educación, enseñanza, limitaciones a la libertad de adquirir bienes, propiedad minera, amparo económico, etc.) o de parte orgánica de la Constitución (bases de la Administración del Estado, fuerzas armadas y de orden, Tribunal Constitucional, Banco Central). La legislación de *supermayorías* fue objeto de *legislación express* durante el régimen autoritario (1986-1990); buena parte de esta legislación se dictó bajo dicho régimen, y como leyes orgánicas fictas subsisten los estatutos orgánicos de la Contraloría General de la República y del Poder Judicial.

Es tal la potencia autoritaria-contramayoritaria de la legislación de *supermayorías* que, tratándose del sistema electoral público, la legislación orgánica constitucional dictada

durante el régimen autoritario fue puesta a cubierto con la reforma constitucional de 2005 con el quórum propio de reforma constitucional (disposición transitoria decimotercera), quórum extraordinario que protege la fórmula binominal empírica en elecciones parlamentarias. Al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional realizó una interpretación extensiva de la competencia del legislador orgánico constitucional, sin reparar en la excepcionalidad y el carácter contramayoritario de la legislación de *supermayorías* ni en su espuria naturaleza.

Asimismo, metodológicamente denominamos reformas constitucionales de primera generación a aquellas definidas por el clivaje democracia-dictadura, reformas que conciernen a la transición política a la democracia y la remoción de los enclaves autoritarios institucionales. En cambio, denominamos reformas constitucionales de segunda generación a aquellas que suponen ir más allá de la transición, plantearse un cambio de régimen político —tipo de gobierno y organización territorial del poder— y además enfrentar los enclaves autoritarios socioeconómicos, propios de una *refundación autoritaria* del capitalismo que encontró cristalización iusfundamental en la Constitución de 1980; la que, huelga decirlo es una Carta ideológica, originaria y desarrollada.

En este orden de ideas, reformas constitucionales concernientes a la supervivencia de enclaves autoritarios institucionales tales como las leyes de supermayoría, sistema electoral y autonomías constitucionales (el Tribunal Constitucional y el Banco Central) son el saldo deudor del ciclo 1989-2005, que conciernen al cierre efectivo de la transición política y la adopción de una legitimidad de la Constitución, supuesto de un efectivo *patriotismo constitucional*. A su vez, las reformas constitucionales dirigidas a modificar la Constitución social, la Constitución económica, la forma jurídica de Estado o el régimen político democrático presidencialista son reformas de segunda generación.

Hoy, por tanto, plantear una nueva *Constitución del Bicentenario* exige hacerse cargo de un plexo de reformas de primera y de segunda generación, lo que es su contenido sustantivo. Luego, el debate respecto de cuál es el procedimiento adecuado es adjetivo y, por ende, es una discusión distinta en la que se plantean como opciones *reforma* o *asamblea constituyente*, y que hemos englobado en el término *operación constituyente*, para superar los bloqueos o el chantaje que permiten los quórum ordinario-extraordinario de la reforma constitucional prevista en el capítulo xv de la Constitución, sin válvula de salida a la soberanía popular como podría ser el referéndum constituyente.

En congruencia con el cuadro descrito, sostenemos que la Constitución tiene un saldo deudor que debe ser asumido por la nueva *Constitución del Bicentenario* en algunas áreas, especialmente:

- a. Legitimidad de origen. Falso consenso constitucional, realismo político impuesto por la lógica de una transición pactada.
- b. Apertura del *techo ideológico* de la Constitución, que para el constituyente originario es un verdadero refrito ideológico autoritario, neoliberal, conservador y corporativista, a un techo ideológico que incorpore las tradiciones y culturas del constitucionalismo democrático y social.
- c. Una “nueva” Constitución económica y Constitución social que descansa en la compatibilidad público-privada, de Estado y mercado (solidaridad y subsidiariedad) y asociada a la fórmula del Estado social.

- d. Perfeccionamiento de las decisiones fundantes acerca de la República democrática y del Estado de derecho, incorporando nuevas técnicas de participación directa de la ciudadanía en las decisiones estatales (iniciativa popular, *recall*, referéndum, etc.) y reforzando los controles y responsabilidades del poder, en especial las que deben existir para las nuevas “autonomías constitucionales” funcionales y territoriales.
- e. Perfeccionamiento del modelo de organización territorial del poder político, reemplazando el Estado unitario por un Estado regional.
- f. Establecimiento de un sistema de gobierno del Poder Judicial que fortalezca a la Corte Suprema como tribunal de casación, mejore el amparo ordinario de derechos fundamentales por tribunales superiores e inferiores, la consolidación de un orden judicial de lo contencioso administrativo que asegure un efectivo control judicial de la Administración, reequilibrado con los controles ejercidos por la Contraloría General de la República.
- g. Ampliación del catálogo de derechos, deberes y garantías de la Constitución, tanto de derechos civiles y derechos políticos como de derechos económicos, sociales y culturales, y la mejora de sus garantías constitucionales procesales.

2. Operación constituyente

En suma, respondiendo ahora a la pregunta *¿Qué hacer con la Constitución?*, se hace necesario asumir una perspectiva de futuro o prospectiva: la Constitución de 1980-2005 debe ser, desde la perspectiva del contenido normativo iusfundamental, objeto de un plexo de reformas constitucionales de primera y de segunda generación, expresado en una *operación constituyente* que abra un espacio a la sociedad política y a la sociedad civil, a los partidos políticos y movimientos sociales, a la gestación de un consenso constitucional que salde definitivamente la deuda de ilegitimidad de origen de la Constitución y aborde los nuevos temas, con miras a establecer las bases de una República democrática y un Estado de derecho más moderno.

Al resultado de esta *operación constituyente*, no circunscrita a la democracia de partidos sino a la democracia de los ciudadanos, lo denominamos *Constitución del Bicentenario*. La *operación constituyente* requiere de la forja de un amplio consenso político-constitucional en el seno de la política y de la sociedad civil, capaz de generar una sólida opinión pública de horizonte republicano-democrático y social; para no estar condenados de antemano a un bloqueo de fuerzas (neo)liberales y (neo)conservadoras, a veces más cautivas del régimen autoritario (“herencia”) de lo que uno podría desear o pensar después de dos décadas, bloqueo amparado en los quórum ordinario y extraordinario de reforma constitucional del capítulo xv. Tal rigidez constitucional y quórum especialmente agravado es una reforzada expresión contramayoritaria o *de cerrojo* de nuestro sistema institucional básico. Como destaca Couso, en nuestro medio, tomando a Ginsburg se emplea el “constitucionalismo como seguro”.²

² Documento de trabajo de Javier Couso: “Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional”, citado con autorización del autor.

Con el término *operación constituyente* englobamos todos los procedimientos democráticos de elaboración y aprobación de una Constitución democrática: asamblea constituyente, referéndum constituyente y Congreso o Parlamento constituyente, evitando así anteponer el procedimiento o la forma del cambio constitucional a una definición de contenidos propios de una matriz teórico-práctica del constitucionalismo democrático y social. Al mismo tiempo observamos con sano escepticismo la fe casi taumatúrgica que se expresa por ciertos movimientos de la sociedad civil en nuestro país en la radicalidad democrática y regeneradora de instituciones surgidas de una asamblea constituyente, bajo el influjo de los procesos constituyentes de Colombia (1991) y, más recientemente, de Venezuela (1999), Bolivia y Ecuador (2007, 2008).

Ciertamente la definición de un procedimiento puro o mixto de elaboración y aprobación de una nueva Constitución democrática no es una cuestión carente de relevancia; por el contrario. Pero lo central son los contenidos y la pertenencia de estos a la matriz teórico-práctica del constitucionalismo democrático y social, que equilibre las tradiciones ideológicas del constitucionalismo moderno (liberal, democrático y social) y que al mismo tiempo cale hondo en un discurso político constitucional propio del *progresismo* o, mejor dicho, de las izquierdas en general, discurso político constitucional inexistente o que ha permanecido relegado a un segundo plano probablemente por el predominio de visiones economicistas y sociologizantes en el discurso político tradicional de las izquierdas.

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 un cambio o una reforma de primera y de segunda generación a través de una *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”. Este principio, recogido en el artículo 28 de la Constitución de 1793, pasó al constitucionalismo de los siglos XIX y XX y fue postulado incluso por Jefferson y Paine durante la revolución americana.³

³ Carlos Sánchez Viamonte: *El Poder Constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1957, en especial pp. 435-476. Véase también Jorge R. Vanossi: *Teoría constitucional*, Buenos Aires: Depalma, 1975, tomo I, vol. 2, en especial pp.123-172.

El resultado de esta aproximación prospectiva de una reforma constitucional, con contenidos de reforma de primera generación y de reforma de segunda generación a través de una *operación constituyente*, fundada en la *soberanía popular* y sus procedimientos democráticos y en un amplio consenso político, es lo que denominamos la *nueva Constitución o Constitución del Bicentenario*. Se trata del 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 entre Estado, individuo y sociedad civil y economía, a la forma política de Estado —República democrática—, la forma jurídica de Estado —Estado unitario— y forma jurídico-política de Estado —Estado de derecho, régimen político y tipo de gobierno— 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, modificar o cambiar 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 o modificar 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 posición preferente y valor interpretativo del derecho internacional común y convencional de los derechos humanos, crear una Defensoría del Pueblo, modificar el sistema judicial (gobierno del Poder Judicial y tribunales de lo contencioso administrativo) 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 judicial extraordinaria, como el amparo constitucional.

Todo ello obliga en primer lugar a asumir cambios en el “modo de pensar la Constitución” (Dahl), lejano a la fe acrítica del canonista o a la recalcitrancia 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.⁴

En este contexto, la reforma del régimen político presidencialista es aún una tarea pendiente, en la medida en que este régimen es un *sistema contramayoritario* (Gargarella, Nino),⁵ 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*

⁴ Robert Dahl: *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 9.

⁵ Roberto Gargarella: *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 83-105.

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 fractura 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, con la inevitable tentación del *gobierno por decreto* o la búsqueda de auxilios *ortopédicos* (Ruiz Tagle) como el Tribunal Constitucional para conferirle centralidad a la decisión ejecutiva.

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 élite o *clase política*), asociada a la tradicional ley de hierro de las oligarquías partidarias, que conlleva un distanciamiento creciente de las élites 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 o su reforma de signo semipresidencial y modificación del *binominalismo* generan cambios en el arreglo institucional que favorecen una ecuación equilibrada entre gobernabilidad y participación, y conjuran el peligro de 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 en 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.⁶

⁶ Dieter Grimm: *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2006.

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 una tecnocracia ideológicamente legitimista, incrustada en un Banco Central o en la Administración Económica de un cierto modelo de desarrollo capitalista y sello ideológico 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 dentro 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*.

3. Conclusiones: ¿Cómo hacerlo?

Hemos dicho que la serie de preguntas planteadas al principio tienen una pregunta central: *¿Qué hacer con la Constitución?*, y, subsiguientemente, *¿Cómo reformar o cambiar la Constitución?* Nuestra propuesta es utilizar una vieja categoría del arsenal del constitucionalismo: *operación constituyente*, acuñada por Hauriou,⁷ pero asignarle un significado distinto, el de proceso político de cambio constitucional desde la sociedad política (y los partidos) y de la sociedad civil, en que la que la determinación del procedimiento que se empleará (reforma, referéndum, asamblea constituyente o un *mixtum compositum* de estas técnicas propias de una Constitución democráticamente gestada) no es que carezca de importancia, sino que lo central sea la forja de un consenso constitucional que reponga en el seno de la Constitución la idea de pacto y autodeterminación política del pueblo.

La *operación constituyente* con miras a la nueva *Constitución del Bicentenario* no debe excluir del caleidoscopio de mecanismos esbozados en el debate constitucional procedimiento constituyente alguno, ni aun el de reforma total contemplado en el capítulo xv de la Constitución vigente, pero sin quedar prisionero de este, que impone un bloqueo al entregar la llave de la reforma a la minoría por la vía de quórum extraordinario y reforzado, sin recurso efectivo a la soberanía popular. Sin embargo, como la nueva *Constitución del Bicentenario* no es una reforma constitucional más, de las veintiséis enmiendas promulgadas a la fecha, por precipitar en ella reformas de primera generación y reformas de segunda generación, *requiere que se haga una tabula rasa, que no desahucie ningún mecanismo y que comprometa una amplia participación ciudadana*.

Esa *tabula rasa* impone la lógica de estar en condiciones de *desatar o cortar el nudo gordiano*, que es precisamente el procedimiento de reforma constitucional vigente. El nudo de Gordias concierne a un *yugo* con cuerdas cuyas ataduras son los *enclaves autoritarios* en el plano institucional que impiden recurrir a la soberanía popular como fuente y medida de legitimidad del poder constituyente. Parafraseando al macedonio inmortal respecto del *nudo gordiano*: “es lo mismo cortarlo que desatarlo”, lo importante es abrir la puerta hacia ese oriente que es la nueva *Constitución del Bicentenario*.

⁷ Maurice Hauriou: *Principios de derecho público y constitucional*, 2.^a ed., Madrid: Reus, 1928, pp. 310-322.

De este modo, si efectivamente es lo mismo cortar o desatar el nudo gordiano, ya que ello importa un catalizador de la forja de un consenso constitucional abierto, dinámico, creativo; sin ataduras, sin enclaves autoritarios o mecanismos contramayoritarios, protectores de un orden constitucional heredado autoritario-neoliberal que entregan hasta hoy la decisión política constituyente, no a la soberanía del pueblo, sino a una minoría.

Además, en la operación constituyente se requiere un impulso fundamental o *indirizzzo politico* que recaea, por las características del régimen, político en el presidente de la República; por consiguiente, en esta magistratura recaea, en primer lugar, la decisión de abrir el procedimiento constituyente. De no verificarse tal impulso fundamental desde el Gobierno, el Congreso Nacional debería hacerse cargo, coadyuvando así a su propia funcionalidad y centralidad.

De este modo, una nueva *Constitución del Bicentenario* será la base de un orden político institucional dotado de amplia legitimidad y fuente de un “patriotismo constitucional” (Habermas), una suerte de “religión civil” (Rousseau) que nos permita pensar colectivamente el futuro de un orden republicano democrático.

Bibliografía

- BOBBIO, Norberto: *Contribución a la teoría del derecho (Estudio, recopilación y traducción de A. Ruiz Miguel)*, Valencia: Fernando Torres, 1980.
- “Hacia una teoría funcional del Derecho”, en *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja* (prólogo de G. Carrió), Buenos Aires: Astrea, 1976, pp. 9-30.
- COUSO, Javier: “Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional”, documento de trabajo citado con autorización del autor.
- DAHL, Robert: *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003.
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel: “Los derechos fundamentales en 25 años de jurisprudencia del tribunal Constitucional”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional* n.º 33, Santiago, 2006.
- GARGARELLA, Roberto: *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 83-105.
- GRIMM, Dieter: *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2006.
- HAURIOU, Maurice: *Principios de derecho público y constitucional*, 2.ª ed., Madrid: Reus, 1928.
- HABERMAS, Jürgen: *La necesidad de la revisión de la izquierda*, Madrid: Editorial Tecnos, 1991.
- IHERING, Rudolf von: *Jurisprudencia en broma y en serio*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1933.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos: *El Poder Constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1957.
- VANOSI, Jorge R.: *Teoría constitucional*, Buenos Aires: Depalma, 1975, tomo I, vol. 2.