REFORMAS CONSTITUCIONALES PARA UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO *

Francisco Zúñiga Urbina **

COLECCIÓN IDEAS

AÑO 4 N° 33
Julio 2003

* Versión corregida y puesta al día de la ponencia a XXXIII Jornadas de Derecho Público, U. de Concepción, Comisión de Derecho Político, noviembre 2002.

** Francisco Zúñiga U., profesor de Derecho Constitucional, Universidad Central

I. PROLEGÓMENOS.

La Constitución estatal moderna tiene en la Constitución codificada (escrita) y rígida un paradigma dominante, Constitución formal que coincide en gran parte con la Constitución material (Kelsen, Jellinek), ya que la potestad constituyente "constituye", está en la base de la estatalidad; cuyos contenidos básicos son: estatuto del poder y catálogo de derechos fundamentales[1]. La Constitución como subsistema normativo ostenta en la visión piramidal del ordenamiento jurídico una supremacía e integridad, necesarias a la estabilidad de este subsistema como soporte de todo el ordenamiento. Ello significa que la Constitución es parte del orden jurídico (constituido como subsistema por normas de competencia, sea de conducta o de organización), parte del orden estatal (en la medida que el Estado es una unidad de poder que actúa mediante el despliegue de tal poder) y parte de la estructura política (en la medida que las definiciones básicas acerca del Estado y lo político se contienen en la Constitución como v.gr. la forma política, la forma jurídica, la forma jurídico-política del Estado) (M. García Pelayo)[2].

La reforma constitucional es un tema de la teoría de la Constitución que se planteó con especial claridad en los orígenes del constitucionalismo liberal (Schmitt). En América del Norte Th. Jefferson sostenía, en el momento fundacional de la federación, que el mundo

---

[1] **Kelsen H.:** "Teoría General del Derecho y del Estado" (trad. E. García Maynez). Edit. UNAM. México, 1969. pag. 147. "La constitución, en sentido formal, es cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas, que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas. La Constitución en sentido material está constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de las leyes". También **Georg Jellinek** en su "Teoría General del Estado" (Trad. F. De Los Ríos)). Edit. Albatros. Buenos Aires, 1970, pág. 402 señala a propósito del contenido normativo de la Constitución moderna: "...comprende aquélla los principios de la organización del Estado y de la competencia de éste, así como los fundamentos acerca del reconocimiento del derecho de los súbditos". También ver el enjundioso trabajo de Nicolás Pérez Serrano: "Escritos de Derecho Político" (2 vol.), Edit. IAEL, Madrid, 1984, Vol. I, pág. 253-316. Pérez Serrano nos recuerda que el poder constituyente "constituye"; de la cual se derivan dos consecuencias: "1ª que ha existido Poder constituyente en todo tiempo, pues siempre ha habido en la comunidad política un poder que la organice, le dé estructura, le imprima su peculiar fisonomía específica dentro del género Estado. 2º, que sólo merece el nombre de "constituyente" el Poder que verdadera y cumplidamente realiza esa misión, aunque no esté jurídicamente prefigurado para acometerla, y, por el contrario, no tiene derecho al título el Poder que por más que con ese calificativo se designe fracasa en su empeño de constituirse" (pág.259). Sin embargo, anota que este Poder, arrastra paradojas ("sutil flor del espíritu"), ya que la Constitución su fruto, tiene en su origen histórico un momento prejurídico, el misterio de la soberanía. Sobre la "Grundnorm" el trabajo erudito y esclarecedor de Francisco Vega M. "Apuntes en torno al concepto de revolución en Hans Kelsen" en XXX Jornadas de Derecho Público, 2 vol., Edeval, Valparaíso,2000, vol. II,pp. 87-106.

[2] **García Pelayo, Manuel**: "Derecho Constitucional Comparado", Edit. Alianza S.A., 1984, pág. 100-101.

pertenece a los vivos y que por eso, no puede haber una legislación perpetua ni sobrepasar en duración a la generación que le dio vida. Asimismo, la Asamblea Nacional francesa en 1791 declaró "la nación tiene el derecho imprescriptible de cambiar su Constitución" y la Constitución de 1793 disponía: "una generación no puede sujetar con sus leyes a las generaciones futuras", lo que se recoge en su artículo 28 transcrito de artículo 93 del proyecto girondino. A su vez, E. J. Sieyes señalaba: "una nación no puede ni alienar ni prohibirse el derecho a querer; y, cualquiera que sea su voluntad, no puede perder el derecho a cambiarla en el momento en el que su interés lo exija". En nuestro país el constituyente liberal de 1828 en el preámbulo de la Carta llegó a señalar con claridad: "las leyes que vais a recibir no son obra tan sólo del poder; lo son principalmente de la razón. (…). Entre nosotros las leyes son pactos fundados en el libre uso de nuestras prerrogativas". La noción de pacto político que subyace al concepto de Constitución liberal, importa reconocer en el pueblo o nación la titularidad de la soberanía y del poder constituyente, y por tanto, usualmente merced la representación política, el poder de reforma constitucional.

Con Pérez Royo podemos distinguir cuatro periodos en la historia del instituto de la reforma constitucional o “reformas” como prefiere denominar al instituto metódicamente, periodos que corresponden a los “cuatro movimientos de constitucionalización” moderna (Hauriou), a saber: a) el primer periodo corresponde al constitucionalismo revolucionario francés y americano; que a partir de la supremacía del poder constituyente y rigidez de la Constitución, se impedía la reforma, en desconfianza hacia el monarca y el pueblo; y en el caso de la tradición americana es muy importante la salvaguarda de las minorías; b) el segundo periodo correspondiente al siglo XIX y albores del siglo XX (monarquías limitadas a la manera gala y monarquías constitucionales a la manera germana), el mundo post Santa Alianza, de convivencia de principios absolutistas y liberales; el mundo del “compromiso dilatorio”(Schmitt) de clases tradicionales y burguesía; c)el tercer periodo de entreguerras de constitucionalismo democrático, en que las constituciones rígidas son concebidas como garantías frente a las mayorías parlamentarias coyunturales, y d) el cuarto periodo de constitucionalismo de post guerra, se caracteriza por el surgimiento de límites temporales y materiales al poder de reforma amparada en la experiencia de regímenes totalitarios.[3] En este último periodo, la interpretación constitucional es la clave frente al cambio histórico, social, económico y político, es la clave de adaptación. Por ello, se llega

[3] **Pérez Royo, Javier**: “La Reforma de la Constitución” Edic. del Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

a sostener como deseable la interpretación para adoptar la Constitución a nuevas realidades, más que la reforma del texto (Loewenstein).[4]

De este modo, la institución de la reforma constitucional no es un ataque a la Constitución sino un instrumento de garantía de ésta, que le permite su adaptación a nuevas realidades sin ruptura de la continuidad ni de la identidad del régimen constitucional; que de no haberla es la puerta abierta a la mutación extremosa (G. Jellinek) o bien a la revolución o el golpe de Estado (H. Kelsen, M. García Pelayo). De esta suerte, la reforma de la Constitución rígida, junto con ser un reconocimiento de la realidad histórico-política al Estado moderno ("garantía diacrónica"), es también una garantía para las minorías acerca de la estabilidad de las reglas preliminares y del juego político-democrático (N. Bobbio), por lo que la supremacía y rigidez de la Constitución es una garantía jurídica o normativa en último término de la estabilidad de las normas iusfundamentales, tan necesaria para la estabilidad política.

La estabilidad normativa iusfundamental de la Constitución codificada (escrita) y rígida tiene su origen en la teoría constitucional de la modernidad, y es una verdadera ideología; que emparenta el concepto de Constitución con las leyes fundamentales y los "covenants" (contrato fundamental)[5], y que aquilata en las primeras constituciones (Instrument of Government, Constitución polaca y Constituciones de América del Norte). En suma, si la Constitución es el fundamento de la organización estatal y del orden jurídico, debe tener permanencia, firmeza (supremacía e integridad), pues de otro modo no sería apta para cumplir con sus funciones.

En este contexto la reforma constitucional como instituto supera el dogma de la "inmutabilidad" para asegurar la "permanencia" y estabilidad; pero como instituto en ocasiones colmado de límites, que hacen ilusorio el viejo principio dogma de la soberanía popular, contradicción (Constitución – principio democrático) muy propia del constitucionalismo actual, lejano al jacobinismo rousseauniano y cercano al "liberalismo doctrinario". En palabras agudas de Kelsen: "La tendencia a dificultar la reforma de los fundamentos del orden estatal nació de la necesidad de una continuidad de la evolución

[4] **Loewenstein, Karl**: "Teoría de la Constitución", (Trad. A. Gallego A), Edit. Ariel S.A., Barcelona, 2ª ed. 3ª reimp.,1983.

[5] **Jellinek, Georg**: Ob. Cit., pág. 381 y ss.También es de provecho la obra de Jorge Reinaldo Vanossi:"Teoría Constitucional", Edit Depalma, Buenos Aires,1975, 2 vol., en especial TomoI .Además la obra de Carlos Sánchez Viamonte: "El Constitucionalismo" Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires,1957.

jurídica. Sin embargo, en ella puede traducirse el propósito de fortalecer el poderío de un determinado grupo, que se encuentra protegido por la Constitución. Sobre todo en las constituciones democráticas, basadas en el principio de mayorías, el requisito de un determinado "quórum"para reformar la Constitución puede ofrecer a la voluntad del grupo anteriormente mayoritario y hoy convertido en minoría, la posibilidad de impedir una reforma constitucional que le perjudica..."[6].

Sin embargo, estabilidad normativa iusfundamental y del sistema político no es inmutabilidad. Precisamente a mi juicio durante buena parte de las décadas de 1980-1990 el binomio reforma-inmutabilidad, fueron las piezas basales del discurso político constitucional de los partidos de nuestro sistema político contingente. Este binomio contribuye a deslegitimar la Constitución y transformarla en una barrera de defensa de la "institucionalidad" por partidos y sectores de la sociedad civil vinculados a la herencia autoritaria.

Luego, la gestación de un cierto consenso político acerca de una reforma constitucional profunda es indicativa de algún modo del principio del término de la transición. Tal consenso aparece hoy a punto de cristalizar y es la base de una reforma constitucional profunda que haga posible revestir de legitimidad a la Constitución como fuente primera del pacto político de sujeción y libertad que exige un Estado democrático.

Por otra parte, el discurso político constitucional del Gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia, asume como tarea inmediata en 1990, para cerrar la transición, perfeccionar el Estado de Derecho, eliminando enclaves autoritarios y mejorando la eficiencia de los poderes públicos y la garantía de los derechos fundamentales, con el objetivo de fortalecer la democracia política. Tal discurso tuvo como obstáculo y se frustró por una realidad de equilibrio político, en parte forzada por el sistema electoral imperante. Lo cierto es que los "enclaves autoritarios" hoy resultan innecesarios ante el fin de la transición[7].

---

[6] **Kelsen, Hans:** "Teoría General del Estado" (Trad. L. Legaz), Edit. Nacional 15ª ed.; México D.F., 1979, pág. 330.

[7] **Andrade G., Carlos**: "Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980"Edit. Jurídica,Stgo,1991,2ª edic ampliada.,2002.

También, el consenso político en torno a la reforma constitucional, hace necesario plantear en la perspectiva progresista y para abrir los términos del consenso o para definir los disensos, una serie de nuevas reformas a la Constitución que refuercen el contenido democrático, social y económico, de una Carta de cuño o inspiración neoliberal y autoritaria. Una reforma realmente profunda a la Constitución, debe plantearse la apertura completa del techo neoliberal y autoritario de la Carta, para gestar una auténtica legitimidad necesaria a la Constitución de un Estado democrático moderno.

De este modo las reformas constitucionales tienen dos planos, el primero referido al Estado de Derecho pleno, la democracia política y la república, y que concierne al proyecto de reforma en trámite, y el segundo al Estado social y democrático de Derecho. Con todo debemos observar que el debate constitucional residenciado en la Comisión de Constitución del Senado da cuenta de ciertos "cuellos de botella" que entraban en parte el consenso constitucional: el sistema electoral público para la elección parlamentaria (binominalismo empírico), que es objeto de críticas por sus exclusiones y la distorsión en la representación política; el reconocimiento de “pueblos” indígenas, y el estatuto de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública (mandos institucionales: nombramiento y retiro) así como la configuración o estatus del Consejo de Seguridad Nacional; tema este último hoy más pacífico.

II. REFORMA CONSTITUCIONAL Y SUS LÍMITES.

Resulta usual junto al instituto de la reforma constitucional identificar conceptos “limítrofes”, a saber: supresión de la Constitución (reforma total), suspensión constitucional (declaración provisional de no vigencia de uno o varios preceptos), quebrantamiento de la Constitución (violación ocasional de la Constitución, sin alterar su vigencia), destrucción de la Constitución (un cambio total de la Constitución y un cambio del propio poder constituyente) y mutación constitucional (modificación en vigencia y aplicación práctica, sin que el texto fundamental haya experimentado reforma alguna, producida por la práctica política y las instituciones formales, por el desuetudo o por la interpretación

constitucional)[8]. También es usual el distingo afrancesado entre reforma total ("changément") y reforma parcial ("révision") que arranca de la Constitución de 1791.

Ciertamente el instituto de la reforma de la Constitución tiene importancia a partir del distingo de valor histórico entre Constitución rígida y flexible[9]**;** en que la rigidez opera como garantía normativa de la supremacía e integridad de la Constitución, y por cierto de su permanencia y estabilidad. El propio Bryce observa cuatro motivos en el origen de las constituciones rígidas, a saber: aseguramiento de derechos y limitación de la acción del gobernante o gobernantes, definición de la forma de gobierno, fundación de la comunidad política plasmada en un texto escrito y salvaguarda de derechos e intereses por el Gobierno. Con todo, las constituciones rígidas longevas se han caracterizado por admitir "constantes mutaciones", lo que radica en dos características reseñadas por García Pelayo: "a) En primer lugar, en el hecho de que la Constitución no sea una normatividad abstracta, sino la estructura normativa concreta de un Estado, es decir, de una individualidad histórica que existe en cuanto que perpetuamente se renueva, estructura que forma parte integrante de existencia el Estado y que emerge de esta existencia. Por consiguiente, la Constitución ha de participar de ese devenir, que es esencial a la vida del Estado; b) En segundo lugar, en una circunstancia fuertemente vinculada a este carácter individual de la Constitución y que hemos destacado anteriormente, a saber: la relación condicionadora y condicionante de la Constitución con las restantes estructuras del Estado y de la sociedad. Mas si éstas estructuras sociales, económicas, políticas, jurídicas, etc, están sujetas a movilidad ha de proyectarse también sobre la estructura constitucional"[10]**.**

---

[8] **Torres del Moral, Antonio**: "Principios de Derecho Constitucional" Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones, 4ª ed., Madrid, 1998, pág. 129-130.Es clásica la descripción de C. Schmitt en "Teoría de la Constitución" (trad. F. Ayala y ep. M.García Pelayo),Alianza ed.,Madrid,1982,pp. 115 y ss. Idem **Pedro de Vega**: "La Reforma constitucional y la problemática del poder constituyente", Edt. Tecnos S.A., Madrid, 1985.

[9] **Bryce, James**: "Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas"(estudio P. Lucas V.) Edit. CEC, Madrid,1988.Lord Bryce recuerda que las Constituciones del siglo XIX "...poseen una jerarquía superior a las leyes ordinarias y no son modificables por la autoridad legislativa ordinaria"(p.13).Agrega a propósito de la estabilidad normativa genera"sensación de seguridad que redunda en beneficios del orden, la industria y la economía,y a la vez porque permite acumular experiencia que hacen posible el mejoramiento de la Constitución".(p.92).Idem pp.68-69. Para una exposición general consultar a Pablo Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político", Vol. II, 3ª ed. revisada, 2ª reimp. 1986, Edit. Tecnos S.A., Madrid, 1986, pág. 579-618. Idem. Klaus Stern: "Derecho del Estado de la República Federal Alemana" (Trad. J. Pérez Royo y P. Cruz V), Edit. CEC, Madrid, 1987 pág. 311-325.

[10] **García Pelayo, Manuel**: Ob. cit., pág. 132.

En la medida que la Constitución no es una obra acabada, "sino una apertura de posibilidades para que los hombres realicen su convivencia", existe una dinámica política-jurídica, una relación dialéctica facticidad-normatividad, en que tal dinámica se expresa a través de varios caminos; a saber: la Constitución como texto expresa una lengua, que es lengua viva, que se acrecienta con significados nuevos, merced la interpretación, integración y razonamientos constitucionales; la Constitución como subsistema normativo iusfundamental regula la organización básica del Estado ("normativización de la totalidad") por lo que casi necesariamente tiene un contenido de "principios" y "valores superiores"; la Constitución encuadra flexiblemente las funciones del poder estatal, por lo que refleja las relaciones de poder en cada tiempo histórico; la Constitución en su supremacía formal y material irradia todo el ordenamiento jurídico, pero requiere de fuentes infraordenadas jerárquicamente para su desarrollo, y finalmente, la Constitución ha normativizado la anormalidad o estado de necesidad (Derecho de Excepción).

Pues bien a fines del siglo XIX la doctrina del Derecho Público germano se hizo cargo de las modificaciones a la Constitución que no importasen reforma, permaneciendo el texto inalterado, por lo que el distingo: reforma constitucional (Verfassungänderung) y mutación constitucional (Verfassungwandlung),resulta familiar en la obra de Laband, Jellinek, Hsü-Dau-Lin.[11] Jellinek nos señala "Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación" (pág. 7). De este modo la mutación constitucional opera por la práctica política parlamentaria, de la Administración y de la Jurisdicción, fruto de la necesidad política en que el "fait accompli" tiene fuerza constituyente. También tenemos mutación constitucional por la práctica constitucional ("Constitución convencional"), por desuso de facultades estatales como las prerrogativas de la sanción y veto o la responsabilidad ministerial. Frente al concepto "formalista" de Jellinek, Hsü Dau-Lin define mutación constitucional de la manera siguiente: "se trata de la incongruencia que existe entre normas constitucionales por un lado y la realidad constitucional real". El

[11] Consultar de **Paul Laband**: "Wandlungen der deustschen Reichsverfassung", Dresden, 1895. De **Georg Jellinek:** "Reforma y Mutación de la Constitución" (trad. C. Förster y prólogo P. Lucas Verdú), edit. CEC. Madrid, 1991.Idem "Teoría..."ob.cit. pp 405-407. Del jurista chino formado en Alemania de Weimar con Smend, **Hsü Dau-Lin**: "Mutación de la Constitución" (Trad. P. Lucas Verdú y C. Förster). Edit. IVAP, Oñati, 1998. Para una exposición general consultar a Pablo Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político", Edit. Tecnos SA, vol. IV,Madrid, 1984,pp. 158-223.

jurista chino distingue entre “Constitución escrita” y “situación constitucional real”, y a su vez cuatro clases de mutación, a saber: “1) Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal que no viola formalmente la Constitución; 2) Mutación de la Constitución mediante la imposibilidad de ejercer ciertos derechos estatuidos constitucionalmente; 3) Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal contradictoria con la Constitución; y, 4) Mutación de la Constitución mediante su interpretación” (pág. 31).

En la mutación constitucional el “texto de la Constitución permanece intacto” (Loewenstein), pero la configuración del poder político (realidad o proceso político real) se impone al orden constitucional.

Es menester observar en este punto que la doctrina germana de post-guerra conecta la reforma constitucional con el concepto de Constitución y el proceso de interpretación, que termina por englobar las mutaciones posibles en un Estado de Derecho. En efecto para esta moderna doctrina la interpretación es la clave del Derecho Constitucional, el mecanismo que permite la adaptación de la Constitución a la realidad, pero no se trata de un proceso mecánico, ya que la Carta no es sólo reflejo de la realidad histórica, político-social, sino una pretensión o plan normativo para incidir en la realidad, resultando inseparable de su proceso práctico de realización o “concretización”; permaneciendo su contenido “abierto al tiempo”[12]. Para Hesse, siguiendo a Müller: las normas constitucionales combinan: programa normativo (Normprogram) y ámbito normativo (Normbewich), voluntad normativa y realidad.

En este contexto la mutación constitucional tiene límites (texto constitucional), para no constituir “pura dinámica”, perdiendo la Constitución su supremacía y estabilidad; de suerte que la reforma se plantea, cuando se acaban las posibilidades legítimas de la mutación e interpretación constitucional. En el fondo, se trata de limitar el “fait accompli” a que se refería Jellinek a propósito de la fuerza de la mutación, porque de lo contrario la mutación puede no sólo quebrar o anular la Constitución, sino suplantar el principio democrático, basal en el establecimiento y reforma de la Constitución.

Un segundo orden de problemas en relación a la reforma de la Constitución surge a propósito de los límites materiales explícitos e implícitos y temporales impuestos en el

[12] **Hesse, Konrad**: “Escritos de Derecho Constitucional”, Edit. CEC, Madrid, 1983.

último periodo de evolución constitucional de postguerra, como ocurre con las cláusulas de intangibilidad, las prohibiciones de reforma o "cláusulas pétreas" y plazos de espera[13]. Ciertamente constituciones históricas, como la americana del norte de 1787, que declara irrevisable la paridad de representación de los estados miembros en el Senado de la Unión y la gaditana de 1812 que se declara irreformable por el lapso de 8 años (al igual que nuestra Carta liberal de 1828), son demostración que el primer constitucionalismo liberal se había planteado esta cuestión. Pero los límites referidos tienen un contexto histórico político preciso (crisis de las democracias parlamentarias europeas, ascenso de los totalitarismos y guerra) en las constituciones de postguerra, que v. gr. recepcionan cláusulas de intangibilidad, a saber: las constituciones francesas de 1946 y 1958; la Constitución italiana de 1948, prohíben modificar la forma política republicana; la Constitución noruega prohíbe los cambios que vulneren el espíritu de la Carta, sólo admite reformas de preceptos específicos; y finalmente la Ley Fundamental de la República Federal Alemana no admite la revisión de la forma federal, de la participación regional en el procedimiento legislativo, del principio de dignidad humana, de la esencia de los derechos fundamentales y de varios principios contenidos en el artículo 20.

En cuanto a las tipologías de límites a la reforma constitucional, Pedro de Vega distingue: a) límites heterónomos y autónomos, los primeros proceden de fuentes distintas al texto iusfundamental como son las apelaciones al "derecho natural", a un derecho supranacional o internacional y los segundos son límites impuestos por el propio texto iusfundamental; b) límites explícitos e implícitos, los primeros son cláusulas de intangibilidad expresamente recogidas en el texto iusfundamental y los segundos, son límites "no textuales" y consecuencia de presupuestos del sistema constitucional; c) límites absolutos y relativos, los primeros provenían de la potestad constituyente explícita o implícita y que no pueden ser superados por la potestad de reforma y los segundos son referidos a procedimientos o quórum especiales.

---

[13] **Loewenstein, Karl**: "Teoría de la Constitución" (trad. A. Gallego A), Edit. Ariel S.A., Barcelona, 2ª ed. 3ª reimp., 1983, pág. 188-199.Idem J.R. Vanossi. Ob. cit. También la obra clásica, que se cita por una edición puesta al día y aumentada, con todo es valiosa traducción anterior del Fondo de Cultura Económica, de Carl J. Friedrich: "Gobierno Constitucional y Democracia. Teoría y Práctica en Europa y América" (trad A Gil L.),IEP:,Madrid, 1975,2 vol; en especial vol. I. Cabe agregar la obra comparatista, con una panorámica sobre límites, de P. Biscaretti di Ruffia: "Introducción al Derecho Constitucional Comparado"(trad. H.Fix)FCE,1ª ed ,1ª reimp,México-Madrid,1979,pp.340-346.. La clasificación tradicional de los límites a la reforma la plantea W. Jellinek en 1931: "1º, límites heterónomos, que serían jurídicos y de procedencia exterior, 2º, límites autónomos, que serían jurídicos y de origen interno, y 3º, límites absolutos, que rebasan el área estricta de los jurídico", citado por Pérez Serrano. Idem K. Stern, ob. Cit. pág. 325-358.

Mucho interés tienen en el campo de los límites materiales, los denominados "límites inmanentes" que se producen por la "inmunidad de que gozan ciertos valores ideológicos fundamentales, implícitos, inmanentes o inherentes a una Constitución" (Loewenstein); que representan un "renacimiento del derecho natural", y que plantean hoy la existencia de "normas constitucionales inconstitucionales" y de la "posición preferente" ("preferred position") de ciertos derechos fundamentales.

Este es un tema es muy debatido en la doctrina y Derecho Constitucional Comparado, como ocurre en España en que juristas de la talla de Pedro De Vega y Javier Jiménez Campo afirman la existencia de límites materiales implícitos a la reforma, para cerrar la puerta a una reforma total o destrucción de la Constitución al amparo del artículo 168.[14]

En cuanto a los límites temporales, los "plazos de espera" y reglas sobre oportunidad temporal de reformas son usuales; como v.gr. las constituciones francesas de 1946 y1958 prohiben la reforma en caso de ocupación total o parcial de territorio por fuerzas extranjeras o la Constitución española que prohibe iniciar la reforma en tiempo de guerra o en estado de excepción (art.169).

No hay duda que en la teoría acerca de los límites a la reforma de la Constitución, en especial en lo concerniente a límites materiales, subyace un "neoiusnaturalismo" o "ideología" constitucional de la modernidad en la que las "cláusulas de eternidad" (Häberle), escritas o no escritas, integran la "sustancia" de la Constitución (derecho fundamentales, dignidad humana, democracia y división de poderes); cláusulas que devienen en una prueba de rendimiento y en un "hic Rhodus hic salta" de la teoría de la Constitución[15]. Tal defensa de los límites materiales y en especial de las "cláusulas de eternidad" tiene un contexto: la república de Weimar y el régimen totalitario, y su reacción en la política y cultura germana de post-guerra.

En suma, la reflexión provisional sobre este tema es invitar a hacer teoría constitucional adecuada al material de derecho positivo, con rigor metodológico, sin renunciar al principio

---

[14] Sobre **Pedro De Vega** libro antes citado, en especial pág. 240 y ss. De **Javier Jiménez Campo**: "Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución" RDP Nº7, Madrid, 1980.

[15] **Häberle, Peter:** "El Estado Constitucional" (Trad. H. Fix Fierro y estudio D. Valadés) UNAN, México D.F., 2001, pág. 145 y ss.

democrático toral en la definición de la forma de Estado, que reposiciona el viejo principio dogma de la soberanía popular como medida y fuente de legitimidad del poder.

No es este el lugar para detenernos en la Constitución vigente, pero en este orden de problemas, cabe sostener la inexistencia de límites explícitos e implícitos, y temporales a la reforma constitucional, aunque estoy cierto que este planteamiento es polémico, a lo menos en relación a los "principios" y "valores superiores" contenidos en el capítulo I de "Bases de la Institucionalidad" por su funcionalidad y en especial a la luz de la garantía institucional del artículo 5º, inciso segundo que postula la limitación del ejercicio de la soberanía (y en esa medida de los poderes constituidos, incluido el poder constituyente derivado) por "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", Asimismo, también podría sostenerse teóricamente, aunque no con buenas razones, que el capítulo XIV sobre "Reforma de la Constitución" es irreformable amparándose en la autoridad de las doctrinas de Merkl y Ross, pero tal irreformabilidad (exquisitez lógica) no convierte en jurídicamente ilícita la reforma (I. de Otto).[16] Por lo demás, el valor de un límite material o temporal a la reforma constitucional es normativo, y no fáctico (Kelsen), por lo que tales límites son una "declaración política" (Torres del Moral); que nuevamente tropieza en último término con la decisión fundamental acerca de la forma política del Estado (República democrática) y su principio de legitimidad y medida: el viejo principio –dogma de la soberanía popular. Observa Friedrich cargando las tintas acerca del valor negativo de los límites al poder de reforma: "cualquiera que sea el valor último de estas teorías y disposiciones, el caso es que con ellas hay más probabilidad que se originen revoluciones violentas, ya que limitan las oportunidades de que los cambios "revolucionarios" se produzcan de modo gradual" (p.296); en definitiva se resta al poder de enmienda una función esencial "prever la aparición revolucionaria del poder constituyente".

[16] De A**. Merkl**: "Die Lehre von der Rechskraft", Leipzig, 1923, pág. 40. De Alf Ross su libro célebre: "Sobre el Derecho y la Justicia" (trad G. Carrió),Eudeba, Buenos Aires, 1963,pp.76-83 y trabajo: "Sobre la autorreferencia y un dificil problema constitucional" en volumen "El Concepto validez y otros ensayos", Fontanamara, México DF.,4 ed. 2001,pp- 42-71. Del tempranamente desaparecido maestro Ignacio de Otto su obra magnífica "Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes",edit. Ariel SA, Barcelona,1987

III. REFORMAS POR UN ESTADO DE DERECHO.

A continuación recogemos sumariamente un comentario acerca del proyecto de reforma constitucional en la perspectiva Constitutione ferenda de restablecimiento pleno de un Estado de Derecho, una democracia política y de una república, en cuanto decisiones básicas acerca de la forma de Estado.

Es menester agregar que estos comentarios son provisionales, formulados al tenor del texto en actual trámite en el Senado, por lo que puede sufrir cambios significativos en la cámara revisora.

1. Probidad Administrativa.

El reconocimiento de los principios de probidad, transparencia en la función pública y publicidad de los actos del poder, guarda armonía con la reciente Ley de Probidad Administrativa y eleva estos principios a directrices de rango constitucional para todos los poderes públicos y la futura legislación aún más completa sobre la materia.

Congruente con esta reforma se requiere de una ley de procedimiento administrativo de recurrente promulgación, que asegure eficacia de la Administración y también los derechos de participación del ciudadano–administrado, en especial en las decisiones administrativas de interés general.

2. Defensor del Ciudadano.

El Defensor del Ciudadano es una garantía institucional de los derechos humanos frente a lesiones que provengan de actos de la Administración (“mala administración”) y de las empresas concesionarias de servicios públicos, y del deficiente funcionamiento los servicios de utilidad pública, pudiendo este organismo asumir la defensa en sede judicial de los derechos fundamentales e intereses colectivos.

Congruente con lo anterior se hace necesario instituir Tribunales Administrativos y Administrativos Económicos, integrados al Poder Judicial, que aseguren la tutela judicial

efectiva de los derechos y posiciones activas de los administrados, y que velen por la legalidad objetiva.

Estamos ciertos, acerca de la dificultad de introducir esta institución en el consenso sobre reforma constitucional, dificultad que arranca esencialmente de un enfoque inadecuado relativo a la inserción del Defensor en el cuadro de instituciones de control de la Administración.

También es menester anotar que instituir el Defensor del Ciudadano en el cuadro de órganos del Estado es materia de un proyecto de reforma específico que ha remitido el Presidente de la República al Congreso Nacional, y que tiene su antecedente en proyectos elaborados durante los gobiernos de Patricio Aylwin A. y Eduardo Frei R.T. El Proyecto de reforma constitucional tiene una tramitación lenta y desagregada (Mensaje Nº007-343, de 27 septiembre de 2000) y las indicaciones introducidas en el debate sobre esta institución han sido desechadas.

3. Gobierno y Presidente de la República.

En el marco del fortalecimiento del presidencialismo democrático se propone reducir a 4 años el periodo gubernamental, con simultaneidad (elecciones parlamentarias generales) y sin reelección en coherencia con mecanismos anticaudillistas, lo que impide transformar al Jefe de Estado en un "cesar presidencial". También la reforma constitucional prevé la eliminación del requisito de haber nacido en territorio de Chile para ser Jefe de Estado, se suprime la atribución de convocatoria de legislatura extraordinaria y se modifica la atribución de designación de embajadores, que requiere acuerdo del Senado y se agregan nuevas atribuciones: v.gr. decretar la sistematización de textos de ley.

Resulta necesaria una reforma técnica a los artículos 26 y 29 de la Constitución en orden a permitir nueva inscripción de candidatos en segunda vuelta cuando se produjese un impedimento grave o muerte, y ajustar los plazos para la elección presidencial residual, por vacancia en el cargo.

Además, se requiere modificar el artículo 37 de la Constitución incorporando la atribución de los Ministros de Estado para formular indicaciones a proyectos de ley en trámite de

iniciativa del Presidente de la República, mejorando la eficiencia en la producción legislativa.

4. Congreso Nacional.

Las reformas sobre Congreso Nacional versan sobre las materias siguientes:

4.1. Reforzamiento de la potestad fiscalizadora o de control político de la Cámara de Diputados. Los institutos necesarios para este reforzamiento son: las interpelaciones parlamentarias debidamente racionalizadas para asegurar la seriedad de la labor inspectiva e informativa de la Cámara baja, e impedir un entrabamiento de la labor política ministerial y las comisiones investigadoras, asegurando los derechos de las personas involucradas en la tarea de acumulación de información y de fiscalización.

4.2. Funcionamiento del Congreso Nacional. El distingo entre legislatura ordinaria y extraordinaria, carece de utilidad y conspira a la eficiencia del trabajo parlamentario, por lo que es necesario suprimir. Además, para reforzar la autonomía de las cámaras se propone reconocer de modo explícito el principio de autonormación reglamentaria de las Cámaras (art. 53 inciso final).

4.3. En cuanto a la integración del Senado, se eliminan los senadores designados y por derecho propio manteniéndose la dignidad de ex Presidente de la República. Quedó abierta la cuestión relativa al número de senadores y la fórmula electoral.

4.4. Se acuerda reemplazar el mecanismo de la provisión de vacantes en cargos parlamentarios: la provisión corresponde al ciudadano que indique el partido político que declara la candidatura del cargo parlamentario vacante.

4.5. Se consagran dos nuevas fuentes de inhabilidad relativa: para comandantes en jefe de cada rama de las Fuerzas Armadas, General Director de Carabineros, oficiales de la Fuerzas de la Defensa, y Subsecretarios, por el periodo de un año con antelación a la inscripción de candidatura.

4.6. Además, se permite la renuncia al cargo parlamentario por inhabilidad física y moral, calificada por el Tribunal Constitucional.

Quedan pendientes en relación con el Congreso Nacional los temas siguientes:

a) Regla de incorporación de tratados al Derecho Interno. El actual artículo 50 Nº 1 de la Constitución es deficiente, ya que tratados solemnes y no solemnes, y acuerdos de ejecución, no tienen un tratamiento congruente con el dominio legal y reglamentario vigente. Además, resulta necesario aceptar que la vigencia y extinción de los tratados se sometan a las reglas de Derecho Internacional común y convencional. Asimismo, con motivo de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (STC rol 346) se hace necesaria incorporar una cláusula de habilitación para salvar el principio-dogma de la soberanía.

b) Integración del Senado y de la Cámara de Diputados. Se hace necesario suprimir los institutos de senadores designados y por derecho propio (vitalicios). Un eventual aumento del número de senadores, exige definir las circunscripciones y regiones que experimentan un aumento en el número de escaños, sin perjuicio de una reforma al sistema electoral, materia sólo de ley orgánica constitucional. La propuesta de "senadores nacionales" elegidos en votación directa y circunscripción nacional única es interesante, ya que permite introducir la fórmula proporcional corregida (D' Hondt) y perfilar liderazgos nacionales en los partidos. De prosperar la propuesta de "senadores nacionales" lo congruente es racionalizar el número de "senadores regionales", transformando a esta categoría en representación territorial, sin perjuicio de reestudiar el número mínimo de senadores elegidos por región. La elección de 12 senadores nacionales permite introducir parcialmente la fórmula proporcional, morigerando las distorsiones del sistema. La propuesta de aumentar el número de circunscripciones manteniendo el binominalismo tiene la ventaja de completar la integración del Senado y morigerar las distorsiones en la representación espacial y demográfica. Una fórmula de acuerdo es suprimir las referencias en la Constitución al número de senadores elegidos y la distribución de circunscripciones senatoriales, materia que queda encomendada a la legislación orgánica constitucional, y por tanto que quede entregado a una reforma legal posterior.

Por otra parte, es menester observar que la incorporación de la fórmula electoral proporcional corregida para la elección de diputados exige elevar el número de éstos a 150, y confeccionar vía ley orgánica distritos medianos (3 a 7) a lo menos, para evitar las distorsiones de representación política. Con todo modificar el mecanismo de integración de la Cámara baja no está presente en el último debate.

Asimismo, se debe velar por una distribución territorial de la circunscripción y distritos que guarde armonía con la distribución demográfica o poblacional, evitando distorsiones en la representación. Todo ello importa una dificultad seria a la modificación de la fórmula electoral binominal empírica.

c) Racionalización del Procedimiento Legislativo. El iter legis se puede racionalizar con reformas puntuales, como por ejemplo la simplificación de trámite de proyectos de ley que cuenten con consenso político (aprobación en general y particular) o de artículo único; o bien ampliando el rango de comisiones mixtas para una economía de procedimiento cuando el Tribunal Constitucional declare inconstitucional parcialmente un proyecto de ley.

5. Tribunal Constitucional.

El Tribunal es el guardián de la Constitución en un Estado de Derecho, por lo que su integración debe gozar de la mayor legitimidad democrática indirecta posible y sus miembros de la mayor cualificación posible (profesores universitarios y de experiencia profesional). Luego es atendible recomponer el Tribunal del modo siguiente: un total de nueve ministros, designados del modo siguiente: un tercio por la Corte Suprema, un tercio el Presidente de la República y un tercio por el Senado.

Un comentario crítico nos permite sostener que es deseable no integrar al Tribunal a ministros de la Corte Suprema; planteándose una dificultad con el reemplazo de los tres ministros designados al Tribunal, ya que no cabe suplencia ni interinato en una Corte que tiene 21 miembros y que para salvar este problema se elevan a 24 sus miembros, lo que resulta artificioso en razón del funcionamiento de ésta. La supresión de ministros de la Corte Suprema en el Tribunal, fortalece la independencia del guardián de la Constitución y la especialidad de cada una de las jurisdicciones; ya que como bien sostiene Cappelletti los

jueces del Poder Judicial son "jueces burócratas" y no en propiedad "jueces constitucionales", en la medida en que su formación cultural es legicentrista. Además, nuestro sistema de Jurisdicción Constitucional caracterizado como concentrado y dual, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema son órganos con competencia en la materia por lo que integrar ministros de la Justicia ordinaria puede contribuir a generar conflictos de poder y corporativos.

En cuanto a la competencia del Tribunal, esta es ampliada al control obligatorio de constitucionalidad de Autos Acordados de Tribunales Superiores de Justicia y Tribunal Calificador de Elecciones, cuando dichos autos versan sobre materias constitucionales o propias de ley orgánica; también a la declaración de inaplicabilidad; a la heterocomposición de contiendas de competencias entre autoridades políticas o administrativas y tribunales de justicia y calificar la renuncia al cargo parlamentario. Esta ampliación de competencia es susceptible de un comentario crítico: no confiere la reforma el monopolio del contencioso constitucional al Tribunal, ya que omite establecer la cuestión de constitucionalidad motivada por tribunales ordinarios ante el Tribunal Constitucional, el cual fallaría ex nunc y erga omnes, eliminándose definitivamente el recurso de inaplicabilidad; y al mismo tiempo no se establece un recurso directo que instaure un control represivo y facultativo de constitucionalidad de las leyes.

Asimismo, aunque plantea dificultades con el actual proceso de amparo, puede estudiarse incorporar el amparo constitucional extraordinario de derechos fundamentales como nueva competencia de “tutela diferenciada” del Tribunal Constitucional, amparo sujeto a una estricta regla de subsidiariedad y “writ certiorari”; a fin de evitar la conocida “sobrecarga” en sede de amparo como ocurre con los tribunales europeos y latinoamericanos.

6. Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública y COSENA.

En relación con las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública es menester reconocer la atribución del Presidente de la República de llamar a retiro a los comandantes en jefe o General Director de los cuerpos armados, para así reforzar el mando político estratégico del Jefe de Estado (G. de Vergottini). Esta materia ha planteado una dificultad al consenso en torno a la reforma constitucional, motivando diversas fórmulas para disponer el retiro de comandantes en jefe y General Director. Preocupante resulta en estas fórmulas menoscabar la atribución presidencial, condicionándola a la decisión de otro órgano.

Además, resulta necesario circunscribir las funciones de los cuerpos armados a la defensa nacional y seguridad nacional; y las funciones de los cuerpos policiales al orden público y seguridad pública. En este orden de ideas, se ha concordado atribuir a la totalidad de los órganos de Estado la misión de garantizar el orden institucional de la República. La función del "orden institucional de la República" es una garantía política impropia de la burocracia militar y policial, contradictoria con la neutralidad y apoliticidad de los cuerpos que tienen el monopolio del uso legítimo de las armas. Se trata en definitiva de establecer un completo "acantonamiento" jurídico-institucional y territorial de los cuerpos armados (Hauriou), que aleje definitivamente el peligro de un "pretorianismo político" (S.Huntington)[17].

En este mismo orden de ideas, es un avance incorporar a las inhabilidades relativas del estatuto parlamentario (Art. 59 C.P.R.) a los Comandantes en Jefe de la Fuerzas Armadas y General director de Carabineros y oficiales de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, por el plazo de 1 años.

La comisión concordó en materia de reformas suprimir las atribuciones de COSENA para designar ministros del Tribunal Constitucional y senadores. Queda pendiente en materia de reforma constitucional sobre COSENA: integrar a su composición civil al Presidente de la Cámara de Diputados, y para reforzar la naturaleza consultiva del órgano se debe revestir al Presidente de la República de voto de calidad o dirimente en caso de empate, y eliminar la autoconvocatoria, ya que no resulta propia de órganos consultivos. También, en el debate constitucional habido en el Senado se plantea racionalizar la competencia del COSENA.

7. Reforma Constitucional y Plebiscito o Referéndum.

La reforma constitucional en trámite plantea eliminar la votación en Congreso pleno en el iter de reforma de la Constitución (art. 117 inciso 1º y 2º), que resulta un trámite superfluo.

[17] De A. Hauriou: “Derecho Constitucional e Instituciones Políticas”. (Trad. J.A.González C.), Edic. Ariel S.A., Barcelona, 1971, pág 138-140 De S. Huntington: “El Orden Político en las Sociedades en Cambio”, Edit. Paidos, Buenos Aires, 1972,pp. 175 y ss..De G de Vergottini “La supremacía del poder civil sobre el poder militar en las primeras constituciones liberales europeas” REDC Nº 6,CEC,Madrid,1982 pp.9-33.

Queda pendiente, con la finalidad de suplir viejas discusiones acerca del procedimiento de reforma, aplicar las reglas de procedimiento legislativo en sus trámites al iter de reforma. También, para resolver los conflictos de poder entre órganos constituyentes (Presidente de la República y Cámaras) derivados del rechazo total o parcial de proyectos de reforma de iniciativa del Jefe de Estado, es necesario instituir el referéndum o plebiscito, es decir, el recurso a la soberanía popular para resolver el conflicto.

8. Estados de Excepción Constitucional.

También de modo reciente ha surgido en el debate de la reforma constitucional una modificación profunda de los estados de excepción constitucional, planteándose la sustitución íntegra y con adiciones en los artículos 39, 40 y 41 C.P.R. La racionalización de los estados de excepción parte por circunscribir las situaciones de excepción de guerra externa o interna, grave conmoción interior, emergencia o calamidad pública, a situaciones de peligro que " afectar gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado". Además, la decisión sobre estados de excepción recaída sobre el Presidente de la República, requerirá acuerdo del Congreso Nacional (estado de asamblea y de sitio, y en ciertas circunstancias en estado de emergencia y catástrofe), debiendo el Jefe de Estado informar al Congreso las medidas adoptadas en estado de excepción. Con ello se suprime la intervención del Consejo de Seguridad Nacional en la declaración de estados de excepción. Por último, se tasan las medidas de suspensión o restricción de derechos fundamentales, suprimiéndose las referencias a la libertad de información y de opinión y se fortalece la potestad conservadora de los tribunales de justicia, y en particular se reconoce la garantía del derecho de acción. Con todo, se nota en falta constitucionalizar una cláusula de inderogabilidad o intangibilidad de derechos, presente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 4º) y en el Pacto de San José de Costa Rica (capítulo IV, art. 27).

9. Reformas Misceláneas.

La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, ha generado consenso sobre los siguientes tópicos que importan reforma constitucional:

9.1. En materia de comunidades indígenas se reconoce la diversidad de la nación y se declara la preocupación del Estado por pueblos originarios.
9.2. Se refuerza el proceso de regionalización del país y se reconoce el principio de equidad territorial.
9.3. Se introducen modificaciones al estatuto de nacionalidad, favoreciendo la regla de ius sanguinis y doble nacionalidad.
9.4. Se suprime la rehabilitación de ciudadanía, cuando tal estatus se pierde por condena pena aflictiva.
9.5. Se deroga la norma que contempla en delito de difamación, quedando la protección del honor y privacidad encomendada al legislador.
9.6. Se simplifica los requisitos de admisibilidad del recurso de protección ambiental eliminando el ilativo en la configuración de actos antijurídicos lesivos del art.19. Nº8 C.P.R.
9.7. Se acogió una indicación de los senadores Marco Cariola y Gabriel Valdés relativo a la creación y supresión de regiones del país.

IV. REFORMAS POR UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.

Como hemos dicho en la parte preliminar de nuestra exposición, se hace necesario también considerar, y esto es un pretexto, la reforma constitucional a la luz de un discurso político–constitucional progresista, que permita la apertura completa del techo ideológico de la Carta, para gestar una auténtica legitimidad de ésta y del pacto político de sujeción y libertad que subyace a un Estado democrático. En consecuencia, es menester enunciar un conjunto de temas, que en la perspectiva de "Constitutione ferenda", permiten la apertura del techo ideológico de la Constitución y una más plena legitimidad, en la que el pacto político que subyace a la Carta, recoja el pluralismo social, cultural y político.

1. Reforma sobre Pueblos Indígenas.

La discusión parlamentaria acerca de la aprobación del Convenio Nº 169 de OIT sobre pueblos indígenas y tribales, repone una vieja iniciativa de reconocimiento de los pueblos indígenas, cultura y lengua, y la diversidad de la Nación. La reforma concordada resulta insuficiente, ya que concierne sólo a comunidades de pueblos originarios, y por distintas razones, no se admite el reconocimiento de "pueblos indígenas", aunque nuestro Tribunal Constitucional ha aceptado el alcance del concepto "pueblos" del Convenio Nº169. sin que ello fuere un principio de autodeterminación y puerta abierta a la desmembración del Estado-nación.

2. Reforma sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Un Estado social supone un conjunto de roles activos en la economía y la sociedad en procura de necesidades concernientes a la calidad de vida de las personas y sus grupos, necesidades que encuentran contenido tutelar en los derechos económicos, sociales y culturales. De esta suerte, el Estado regulador, el Estado gestor de servicios y el Estado empresario se proyectan en función de estos derechos–objetivos políticos de su actividad, derechos estructuralmente débiles en nuestra Constitución. Las pautas de referencia en este ámbito es el pacto ONU, de 1966 del rubro.

3. Derechos de Solidaridad.

El catálogo de derechos fundamentales del art. 19 de la Carta debe adicionar los nuevos derechos de solidaridad o de la tercera generación, a saber derechos de las minorías étnicas, culturales, derechos de géneros, derechos de la ecología y de la paz entre los pueblos, y derechos de usuarios y consumidores. Precisamente, en razón del principio de igualdad material se justifica agregar una cláusula de discriminación inversa o compensatoria que haga posible acciones afirmativas o positivas para género y minorías, como categorías sociales vulnerables y que permita otorgar una estatuto de privilegio temporal y extraordinario a tales categorías para superar la desigualdad fáctica e histórica.

4. Estado Social.

Se propone incorporar una cláusula de Estado Social, es decir, un sistema de solidaridad nacional gestionado por los poderes públicos con participación ciudadana y en el marco del

imperio de la ley, que constituyan directrices para los órganos del Estado (Estado regulador, Estado gestor de servicios públicos y Estado empresario), en orden a remover los obstáculos a la igualdad material y al desarrollo en equidad, cláusula que tiene sus antecedentes en Derecho Comparado (art. 3º Constitución italiana y arts. 1.1 y 9.2 de la Constitución española). La indicación en la materia del senador Enrique Silva Cimma y otros fue desechada en el Senado, pero instala la formula del "Estado social" en el debate político-parlamentario.

5. Reforma sobre Derecho Internacional Convencional.

La reforma debe hacerse cargo de la regla de recepción y de habilitación del Derecho Internacional Convencional en el derecho interno, evitando la homologación tratado–ley, y asegurando la prevalencia de tratados en particular en materia de derechos humanos. Además, la regla de habilitación debe exigir un quórum elevado cuando el tratado importa transferencia de competencias a órganos internacionales o supranacionales, todo lo cual deviene en necesidad imperiosa con posterioridad a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional.

6. Reforma sobre Derechos Humanos.

La reforma debe asumir el principio pro cive o de humanidad como una regla hermenéutica de los operadores jurídicos, en especial en los procesos de amparos de derechos, de suerte que la Declaración Universal de los Derechos Humanos y tratados sobre Derechos Humanos constituyan un principio y un refuerzo garantista infraconstitucional tutelar de los derechos. Asimismo, junto con reconocer el dominio legal en materia de acciones o recursos constitucionales, se debe encomendar al legislador una nueva "Ley de Garantías Constitucionales".

7. Democracia Semidirecta.

Se propone en consonancia con el principio de soberanía popular del artículo 5º reforzar las técnicas de participación directa de la ciudadanía o cuerpo electoral, del modo siguiente:

a) Junto al referendo de reforma constitucional antes propuesto se propone incorporar el referendo normativo y no normativo en general, el primero sea aprobatorio o abrogatorio de ley y el segundo meramente consultivo.
b) La iniciativa popular legislativa, de carácter aprobatorio o abrogatorio.
c) La revocación o recall, para destituir a autoridades electivas a nivel comunal.

8. Constitucionalización de la Participación Social.

La reforma debe hacerse cargo de la participación social de capital, trabajo y sociedad civil en general, organizada en un Consejo Económico y Social, ente público que colabore a la concertación y diálogo social, de naturaleza consultiva del Presidente de la República y del Congreso Nacional.

9. Descentralización Administrativa.

Los municipios y gobiernos regionales tienen un importante rango de funciones y atribuciones administrativas, pero para superar el cuello de botella a la descentralización se requiere instituir una hacienda pública regional y local, con referencia a ingresos y egresos públicos. La elección directa del Consejo Regional debe estudiarse en un marco general que refuerce la descentralización, como puede ocurrir con la incorporación de la descentralización política en el marco de un Estado Regional. También es útil, diferenciar las funciones de gobierno radicadas en el Intendente de la función administrativa radicada en el Gobierno Regional, para lo cual el Consejo Regional puede elegir un Presidente, que cumpla el rol de órgano ejecutivo del ente público.

V. CONCLUSIONES.

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, no escapa a estos dos postulados elementales.

La Constitución vigente, además, es una Constitución originaria dado que su "legitimidad" es la revolución de septiembre de 1973 y claramente, una Carta desarrollada y rígida. En razón de ello la reforma de 1989 y posteriores han introducido 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 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 contra-mayoritarias, por lo que aferrarse a la inmutabilidad de la Carta, es perpetuar dichas instituciones; que hoy en la realidad política parecen innecesarias. Más aun, la reforma constitucional emerge hoy como un modo para conferir legitimidad a la Carta y proyectar en el tiempo su normatividad e ideología.

Estamos ciertos que la Constitución estatal requiere de "permanencia", de estabilidad, por lo que su rigidez se erige en garantía normativa, pero también política del pacto plural que le confiere legitimidad democrática. El problema que arrastra la Constitución de 1980, es su origen otorgado y autoritario, por lo que no existe tal pacto, y la legitimidad ganada en los últimos años, merced las reformas, no han saldado la deuda de origen de la Carta. 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.

Además, se constata hoy lo contraproducente de las instituciones "contramayoritarias", y la necesidad de ganar en legitimidad, clausurando el debate sobre "reformas políticas". En el fondo late un razonamiento de Wheare en este punto: "Una Constitución absolutamente inalterable tiende a incitar y a justificar la desobediencia. Por otra parte, una Constitución fácilmente alterable por una mayoría numérica popular puede también amenazar y vulnerar los derechos de una minoría incitándola a la 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 sus derechos. Una Constitución perfectamente adaptada a las necesidades de su pueblo en una época determinada puede malograrse por el paso del tiempo y con los cambios en la estructura social de la comunidad" (...) "La autoridad que una Constitución reclama y que puede reclamar se halla relacionada muy estrictamente, por tanto, con la estructura de la comunidad a la que el contenido de aquella proporciona fundamento de ley y de orden. Debe encarnarse en formas de gobierno, en las que la comunidad ponga fe; debe adaptarse

a su aptitud para el gobierno . El mero hecho de haber escrito unas palabras sobre un papel no concede ningún derecho especial a la obediencia de los ciudadanos o del Gobierno”[18].

Para concluir, sólo resta enunciar algunos nuevos temas recurrentes en el debate acerca de la reforma constitucional, pero que suponen un amplio consenso político, a saber:

a) La modificación del régimen político y tipo de gobierno, sea parlamentario o semipresidencial.
b) La introducción del Estado regional y por tanto de un grado relevante de descentralización política en el Estado.
c) La incorporación de una cláusula de primacía del Derecho Internacional común y convencional, en particular en el campo de los derechos humanos.

Los temas enunciados carecen 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.

Con motivo de cumplirse 20 años de la vigencia formal y parcial (su vigencia total se remonta al 11 de Marzo de 1990) de la Constitución de 1980, hemos escuchado comentarios acríticos acerca del cuerpo constitucional, sus aportes e innovaciones, en especial su riqueza dogmática y garantista, que por lo demás está fuera de discusión. 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. La Constitución de 1980 nace como una Carta otorgada y autoritaria, y de allí su déficit de legitimidad, que a pesar de sus aportes meritorios, impone una reforma profunda a sus enclaves autoritarios, 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, a partir de una toma de posición y con un lenguaje lejano al "hermetismo" y "culteranismo", pero ello resulta necesario por una decisión básica

[18] **Wheare, K.C**.: “Las Constituciones Modernas” (F. Morera y A. Alandé), edit. Labor S.A., Barcelona, 1971. En el mismo sentido en nuestro medio es premonitorio el trabajo de José Luis Cea Egaña: “Rigidez Constitucional y Estabilidad Institucional” en XX Jornadas de Derecho Público, Ederal, Valaparaiso, 1990, pág. 267-284.

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 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 tal cielo. 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, que como botón de muestra juristas de la talla de Kelsen, Duguit, Ross, Orlando, Calamandrei, Bobbio, Jiménez de Asua, Tierno Galván, García Pelayo, Sánchez Viamonte, entre otros, han asumido .

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 dios Jano tiene dos caras, la anotada y la que pone de relieve en la reforma de la Constitución : el "medio para su conservación y defensa"[19]. No hemos llegado a sostener una perspectiva "transformativista" que concibe la Constitución como un "centro motor" de un sistema que permite la transformación social y económica (Tierno Galván, García Cotarelo)[20], 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 básicas del estatuto del poder y catálogo de derechos fundamentales, con un techo ideológico abierto a las grandes doctrinas constitucionales de Occidente: constitucionalismo liberal y social . De esta suerte la Constitución reconociendo la

[19] **Contreras, Manuel**: "La Reforma de la Constitución", en libro "Estudios sobre la Constitución española de 1978", preparado por M. **Ramírez Zaragoza**, 1979, pág. 406 y ss.. Del mismo autor: "Sobre las Transformaciones Constitucionales y sus límites", en REP Nº16, Madrid, 1980, pág. 165-184.

[20] Sobre la perspectiva "transformativista" es clásico el texto de **E. Tierno Galván**: "Especificación de un Derecho Constitucional para una fase de transición", en libro "Liberalismo y Socialismo: problemas de la transición: el caso chileno", Madrid, 1975. También de **Ramón García Cotarelo**: "El régimen económico social de la Constitución española" en "Lectura sobre la Constitución española", Vol. I., Ed. a cargo de **T. R. Fernández**, Madrid, 1978. En Italia y Alemania son obligadas las citas a juristas como: **G. U. Rescigno, C. Lavagna y W. Abendroth.**

titularidad de la soberanía en el pueblo, admita direcciones de políticas públicas 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.[21] 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.

Finalmente, en lo que atañe a nuestro proyecto de constitucional en trámite en el Senado, 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", es decir, "una renovación de la fundación del Estado, efectuada esta vez con la participación activa y consciente de la Nación" (Hauriou) sea mediante el recurso al poder de reforma de la Constitución ("Constitución de la Constitución") o a la potestad constituyente.

[21] **Grewe, C. Ruiz Fabre, H.:** "Droits constitutionnels européens" PUF, 1ª ed., 1995.La cita a A. Hauriou : "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas", 4ª ed., Edit. Ariel, Barcelona, 1971, pag 309.