

POLÍTICA Y CONSTITUCIÓN EN EL ESTADO DE DERECHO CONTEMPORÁNEO: ILEGITIMIDAD DE LA CONSTITUCIÓN CHILENA VIGENTE*

Jaime Bassa Mercado**

Nicolás Fuster Sánchez***

RESUMEN

El concepto actual de Constitución Política es el resultado de una compleja evolución histórica, protagonizada por los cambios sociales, verificados en los últimos trescientos años. Dicha evolución ha presionado la estructura normativa del Estado por el reconocimiento y protección de los derechos de las personas. La Constitución chilena vigente contradice este concepto, por cuanto protege intereses minoritarios en la sociedad; así, al impedir la coexistencia democrática entre las distintas tradiciones sociales del constitucionalismo moderno, no cumple con su función. El propósito del presente trabajo es mostrar algunos aspectos centrales en torno a la discusión relativa a la Constitución vigente en Chile.

Palabras clave: Constitución chilena, democracia, derechos fundamentales

POLITICS AND CONSTITUTION IN THE CONTEMPORARY RULE OF LAW: THE ILLEGITIMACY OF THE CHILEAN CONSTITUTION

ABSTRACT

The current concept of political Constitution is the result of a complex historic evolution motivated by social changes, verified in the last three hundred years and this evolution has pushed the State's regulatory structure for the recognition and protection of fundamental rights. In force Chilean Constitution contradicts this concept, because protects minority interest in the society. In addition the Constitution prevents the democratic coexistence between several traditions of the modern constitutionalism, but it does not accomplish its own function. Therefore, this paper shows some aspects about discussion on the current Chilean Constitution.

Key words: Chilean Constitution, Democracy, Fundamental rights

Recibido: 29 de marzo de 2013

Aceptado: 27 de mayo de 2013

* Artículo preparado en el marco del Proyecto Fondecyt N° 11110290.

** Doctor en Derecho (U. de Barcelona); Magíster en Derecho, c/m Derecho Público (U. de Chile); Licenciado en Derecho (P. U. Católica de Chile). Escuela de Derecho, Universidad de Valparaíso. jaim.bassa@uv.cl

*** Doctor en Ciencias Sociales y de la Comunicación (U. de Deusto, España); Magíster en Comunicación Política (U. de Chile); Licenciado en Educación c/m en Castellano (UMCE). Departamento de Castellano, Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación. nfusters@gmail.com

1. ESTADO DE DERECHO Y CONSTITUCIÓN

El término *constitución* tiene profundas raíces en la historia, y aunque la actual configuración del concepto es reciente, mantiene algunos elementos estables, principalmente el carácter de norma fundamental del Estado y de la organización política de la sociedad. Aunque el modelo vigente de norma fundamental escrita tiene unos 250 años, el término es tributario de una larga y compleja evolución, que viene de los antiguos¹. La etapa moderna de la evolución se encuentra marcada por la experiencia que sucede a la Gloriosa Revolución inglesa de mediados del siglo XVII, los procesos revolucionarios del siglo siguiente (especialmente el francés), el duro y dispar peregrinar entre períodos de restauración monárquica en la Europa del siglo XIX, en fin, el drama de los totalitarismos y los esfuerzos de democratización que se observan desde mediados del siglo XX (entre los que contamos el proceso de descolonización africano, el fin de las dictaduras del sur de Europa y de América Latina).

A su vez, mientras el proceso de consolidación de la Constitución escrita se presenta primero en Norteamérica y luego en la Europa occidental, recién desde la segunda mitad del siglo XX se expande con extraordinaria fuerza, prácticamente en todo Occidente (aunque con diversos grados de consolidación) constitucionalizando, a su vez, diversas áreas del quehacer jurídico. Esta evolución histórica deviene en el momento actual, caracterizado por la falta de certeza al definir la labor de la jurisprudencia constitucional en la interpretación de las normas de contenido abierto e indeterminado. Al carecer de parámetros objetivos, se ha evidenciado cuán relevante es la subjetividad de los intérpretes en la aplicación de valores y principios reconocidos por las constituciones, dando paso al fenómeno conocido como 'neoconstitucionalismo'².

Ahora bien, en el tránsito de la Antigüedad a la Modernidad, la Constitución deja de ser concebida como un elemento de la naturaleza (descriptiva, propia de la cosmovisión aristotélica) y pasa a ser concebida como una creación política, mediante la cual las sociedades regulan el ejercicio del poder (prescriptivo). El momento revolucionario del siglo XVIII francés acuña, en boca de Sieyès³, el concepto de poder constituyente, para designar a ese pueblo soberano que tiene la legitimidad suficiente para dotarse a sí mismo de un ordenamiento normativo. Así, es la comunidad quien se otorga a sí misma una Constitución, estableciendo

¹ Ver Fioravanti, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, pp. 15-31. En la literatura chilena, puede consultarse Alejandro Guzmán Brito, "El vocabulario histórico para la idea de Constitución Política", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 24 (Valparaíso, 2002), pp. 267-313.

² Sobre los alcances del concepto, puede consultarse la obra colectiva Miguel Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 334. En la doctrina jurídica nacional, una mirada crítica al fenómeno en Eduardo Aldunate Lizana, "Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo", *Revista de Derecho*, vol. XXIII N° 1 (2010), pp. 79-102.

³ Ver Emmanuel Sieyès, *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*, Madrid, Alianza Editorial, 2003, 179 pp.

un gobierno controlado por y sometido al derecho, defendiéndose de sus eventuales abusos primero, y estableciendo protecciones positivas y negativas, después. En teoría, es el pueblo soberano quien legitima y acepta, a través de una decisión política, la forma en que se ha de gobernar; para ello, establece límites formales y materiales al ejercicio del poder, así como diversos métodos de control que hacen efectivos dichos límites y protegen los derechos de las personas. Entre los primeros se encuentra la división de poderes y el principio de legalidad; entre los segundos, los derechos fundamentales.

Como hija de la Ilustración, la Constitución moderna fue concebida como el establecimiento de un buen gobierno por el pueblo, a partir de una reflexión (supuestamente democrática y racional) que lleva a la comunidad a tomar la mejor decisión posible⁴, destinada a controlar el abuso de poder y garantizar la igualdad de los hombres ante la ley. Sin embargo, el contenido de las constituciones modernas da cuenta de cómo se han contrapuestos diversos intereses políticos y económicos en estos últimos 250 años, explicando el crecimiento del catálogo de derechos fundamentales desde la contingencia política y no, necesariamente, desde su construcción racional. En efecto, el triunfo revolucionario de la burguesía sobre la nobleza significó no solo el reemplazo de una forma de gobierno por otra, sino también su desaparición como clase social.

Durante el siglo XIX, la burguesía consolidó económica y normativamente su triunfo: tanto la Revolución Industrial como el surgimiento del Estado liberal de Derecho dan cuenta de ello. El contenido de la Constitución característica del período refleja el resultado de aquella tensión entre los intereses de la nobleza y la burguesía: un sistema normativo que protege la libertad individual, la igualdad formal ante la ley, la primacía del legislador sobre la judicatura y, especialmente, la protección de la propiedad y la actividad económica en desmedro de otros derechos, especialmente políticos y sociales. Se trata de un período no democrático, marcado por el sufragio censitario en virtud del cual solo votaban los hombres blancos, adinerados y alfabetizados; dado que la burguesía era la única clase social representada políticamente en el Congreso, los intereses protegidos por la ley eran socio-culturalmente muy homogéneos. Esta estabilidad normativa posibilitó la consolidación económica de la burguesía y, a la vez, dio paso al surgimiento de una nueva clase social, que denunció la crisis de legitimidad de un modelo que no garantizaba las condiciones materiales mínimas de vida que la propia industrialización había generado.

De esta manera, luego de la crisis de legitimidad del Estado liberal de Derecho que se verifica durante la segunda mitad del siglo XIX, la vigésima centuria da cuenta de cómo los

⁴ En tanto modelo teórico, parte de una premisa ideal en la constitución del gobierno; sin embargo, la manifestación concreta del poder constituyente da cuenta de un proceso en el que muchas veces la racionalidad se encuentra ausente. Habermas, desde la teoría comunicativa, asume al diálogo deliberativo como la herramienta ideal de manifestación de la democracia, mientras que otros autores critican la aceptación de modelos ideales que no consideran las manifestaciones concretas de dichos modelos. Ver *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Trotta, 2010.

intereses de nuevos grupos socioeconómicos, como el proletariado o las minorías raciales o de género, son reconocidos y protegidos normativamente. Sus reivindicaciones dan paso al reconocimiento constitucional de nuevos derechos (los económicos, sociales y culturales), destinados a satisfacer las necesidades materiales de vida de una inmensa mayoría de ciudadanos marginados del modelo burgués. Asimismo, la garantía de la igualdad ante la ley se complejiza progresivamente hacia una igualdad en el ejercicio de los derechos, principalmente mediante la configuración de nuevas categorías de discriminación arbitraria destinadas a terminar con exclusiones sociales amparadas normativamente.

Este transcurso histórico, y especialmente la incidencia que ha tenido la mayor o menor protección normativa de las diversas demandas sociales, confirma que el origen teórico de la Constitución es ilustrado; pero, a la vez, evidencia que la complejización de una sociedad plural y diversa, que legitima este instrumento normativo, cuestiona seriamente que su fundamentación sea racional. La dimensión histórico-política del contenido de la Constitución se hace evidente ante su pretensión de racionalidad. Así, este proceso ya no se da solo en el marco de la libertad y la igualdad formal, propia del período decimonónico; hoy también incorpora una serie de principios constitucionalizados a partir del siglo XX, que buscan proteger la igual dignidad de la persona y limitar el ejercicio del poder. Así, “entendemos por Estado constitucional la comunidad política que encuentra su fundamento antropológico en la dignidad del hombre, y que, en la democracia pluralista, encuentra su estructura organizativa” (Häberle, 2002: 178). Ambos elementos se erigen hoy como los pilares fundamentales de las constituciones contemporáneas, construidas políticamente por la sociedad a partir del reconocimiento y protección de una diversidad que reafirma la igualdad entre los sujetos.

En primer lugar, es la comunidad política la que establece y legitima el orden normativo que regirá sus relaciones, a través de una decisión consciente y colectiva a partir de la cual se da una norma fundamental “cuya cualidad diferencial consiste, ante todo, en constituir a la comunidad política”; de hecho, en

la Constitución actúa la única eficacia jurídica que no comparte con el resto de las normas: la de fundar o constituir a la propia comunidad política como una comunidad de Derecho. Las normas pertenecientes a otras ramas regulan relaciones sectoriales producidas ‘en’ la sociedad: solo la Constitución crea jurídicamente ‘a’ la sociedad (Garrorena, 1997: 42).

En consecuencia, este acto normativo tiene un contenido esencialmente político, en virtud del cual se crea el ordenamiento jurídico. En segundo lugar, las constituciones hoy no se entienden si no en el contexto de una sociedad democrática, que asume la igual dignidad de sus miembros como el mínimo material que legitima el orden político y social. Es a partir de esta igualdad fundamental en la dignidad de las personas, que la comunidad constituye su orden normativo para proteger los intereses de sus miembros, a partir de las decisiones tomadas mediante el proceso abierto y deliberativo que debiera caracterizar al sistema mayoritario.

No obstante lo anterior, existen una serie de instituciones constitucionales que se encuentran, las más de las veces, al margen de las decisiones que regularmente toma la mayoría política, como la propia existencia de un catálogo de derechos fundamentales (Zúñiga Urbina, 2007). 'Regularmente', porque a fin de cuentas, la presencia del catálogo de derechos fundamentales en la Constitución, así como cualquier otra institución de carácter contramayoritario, existe y tiene la estructura que tiene a partir de una decisión política que se manifiesta en su momento de origen (constituyente). Este tipo de instituciones no son susceptibles de ser revisadas con la frecuencia que podría significar la dinámica propia del proceso político de construcción de mayorías (ello podría significar una inestabilidad política que corroería la legitimidad del sistema constitucional); sin embargo, parece evidente que llegado el momento histórico de su revisión, será la propia mayoría política la que, eventualmente, modificará estas instituciones. Así, incluso aquellas cuestiones fundamentales del ordenamiento constitucional excluidas del debate político, fueron positivadas en virtud de una decisión política.

Las tensiones entre Constitución y democracia se evidencian cuando la democracia es reducida al proceso formal de toma de decisiones; en este sentido, efectivamente hay instituciones fuera del alcance de la mayoría. Sin embargo, si atendemos al contenido material de la democracia, es posible concluir que ambos conceptos se potencian y complementan recíprocamente. En efecto, la democracia contiene dos elementos compatibles con una norma fundamental positiva y supra legal garantizadora de ciertos mínimos materiales, según el actual desarrollo del constitucionalismo: en primer lugar, la consideración de todas las personas como iguales en dignidad y derechos; en segundo lugar, la garantía del pluralismo como condición de ejercicio de la democracia y la libertad moral de los individuos, garantizando la neutralidad ideológica del Estado y la convivencia pacífica de grupos y personas con visiones y proyectos de la sociedad diferentes e, incluso, contrapuestos.

Históricamente, ambos elementos solo han coexistido en el marco de las democracias constitucionales contemporáneas, particularmente luego de las experiencias de los regímenes totalitarios. Es decir, más allá de las tensiones que una norma fundamental suprallegal pueda generar con la regla de la mayoría, lo cierto es que la combinación de democracia y Constitución ha otorgado a las sociedades occidentales, un marco de convivencia pacífica entre personas reconocidas como iguales y cuya especial dignidad, fundamento de sus derechos fundamentales, se presume universal y se garantiza jurisdiccionalmente (Alexy, 2000).

2. CONSTITUCIONALISMO EN EL SIGLO XX

El constitucionalismo democrático del siglo XX, basado en la soberanía popular y superado el sufragio censitario, intentará llevar a la práctica la igualdad teórica de fines del siglo XVIII: el Derecho es igualdad, en tanto ordenación general de las relaciones jurídicas. La ordenación de una sociedad constituida por personas con diferentes cualidades, aptitudes, fortunas, pero a la vez (pretendidamente) iguales en dignidad y derechos, no puede ser dejada

a la sola espontaneidad de las relaciones sociales. Ello impediría hacer efectiva la declaración de igual dignidad y derechos de las personas, ya que las diferencias materiales condicionan permanentemente el ejercicio de esos derechos. Por ello, la ordenación de la comunidad (que es instituida por ella misma a través de una Constitución), busca proteger igualitariamente a sus miembros frente a las desigualdades naturales, garantizando tanto la libertad como la igualdad de manera universal.

Esta ordenación fundamental de la comunidad ha sido conceptualizada, históricamente, desde diferentes perspectivas. Para Lassalle, las cuestiones constitucionales no son cuestiones propiamente jurídicas, sino de fuerza, de poder. Las constituciones escritas no son más que papel sin sentido frente a las relaciones de fuerza y de poder político que se generan al interior de las sociedades, son el reflejo de ello: la Constitución real se encuentra en los factores concretos de poder; es decir, la norma viene a dar cuenta de cómo el poder se manifiesta en la práctica: “los factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad son esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que *no puedan ser*, en sustancia, *más que tal y como son*” (Lassalle, 2002: 84). Durante el siglo XX, otros autores construyen la conceptualización teórica de la Constitución en términos jurídico-formales, identificándola con la norma de mayor autoridad formal del ordenamiento jurídico, principalmente Kelsen (2002) y Jellinek (2000).

La Constitución es concebida como aquella norma de mayor jerarquía que determina tanto los modos de producción normativa como la regla de validez del resto del ordenamiento jurídico. La supremacía constitucional configura una pirámide normativa compuesta por diferentes escaños, entre los cuales existen relaciones de validez formal e interna. Progresivamente durante la centuria pasada, la Constitución deja de ser una norma programática y adquiere una dimensión de derecho positivo exigible jurisdiccionalmente, complejizando su posición en el entramado normativo.

Hoy, ambas aproximaciones teóricas constituyen aportes significativos para afirmar que la Constitución tiene una doble dimensión, en la cual se manifiestan las diversas normas constitucionales: junto con ser una norma jurídica formal, su contenido material y sus funciones (ordenación, limitación y control del ejercicio del poder, garantía y protección de los derechos fundamentales), complementan la noción de norma fundamental del Estado con la idea de la ordenación política de la comunidad, en tanto manifestación del principio del autogobierno del pueblo. Así, la Constitución contemporánea se encuentra en algún punto entre la dinámica propia del poder político y la pretensión prescriptiva de toda declaración normativa, entre el contenido material y la legalidad formal. Esta posición entre dos polos puede explicarse, entre otros elementos, a partir de:

1. el tránsito histórico experimentado por el concepto Estado de Derecho, cuya visión inicialmente formal ha sido complementada con la constitucionalización (y la consecuente pretensión de objetivación) de importantes contenidos materiales, tales como los derechos

fundamentales o los principios social y democrático, producto de las reivindicaciones políticas de determinados grupos históricamente postergados; y

2. la constatación de que la Constitución, junto con ser un enunciado normativo con pretensiones prescriptivas y de vinculación directa e inmediata, es un pacto político mediante el cual una comunidad determinada en un momento histórico concreto se dota a sí misma (teóricamente) de un ordenamiento jurídico y político fundamental.

En algún punto intermedio, la dimensión cultural asoma como un factor relevante para la configuración contemporánea del concepto 'constitución'. Para Häberle, permitiría explicar cómo esta se manifiesta en la sociedad contemporánea, caracterizada por su diversidad y pluralismo y por su forma democrática de gobierno. Señala el autor que "la Constitución no es solamente un texto jurídico ni tampoco una acumulación de normas superiores, es también una expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de auto representación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas" (Häberle, 2002: 195).

En efecto, la norma fundamental es el resultado de un proceso político en virtud del cual la comunidad se ordena jurídicamente; el resultado de este proceso es una norma cuyo contenido se entiende a partir de un complejo y equívoco proceso histórico de sedimentación de los elementos del constitucionalismo moderno (Garrorena, 1997)⁵, el que es complementado con las particularidades que cada comunidad decide escriturar en su Carta. Sin embargo, en este proceso de ordenación jurídica, existe una compleja relación entre la libertad de autodeterminación que tiene una comunidad para darse un ordenamiento jurídico, y el estado de desarrollo cultural que, contingentemente, una comunidad esperará reflejar en él. Sería posible sostener que, a la luz de la evolución histórica de un pueblo en particular, esta es un condicionante para el contenido de la Carta, de manera tal que no cualquier cosa cabe dentro de ella; no se trata de un límite vinculante, por cierto, pero sí de la configuración de los ideales de justicia que, en principio, una comunidad estaría dispuesta y querría proteger. Así, por ejemplo, la manifestación normativa de un poder constituyente autoritario y contracultural carece de la legitimidad necesaria para que la Constitución que emana de él goce de efectiva vigencia normativa.

En consecuencia, es posible afirmar que las constituciones no se entienden solo a partir de la mera legalidad de su texto, sino que existe una serie de elementos que permiten abrir la lectura e interpretación del texto a contenidos complementarios. Sin perjuicio que volveremos sobre ello al abordar la interpretación de la Constitución contemporánea, creemos importante destacar en esta etapa de definiciones conceptuales, el elemento histórico que puede preceder al texto. A este respecto, Garrorena señala que la Constitución

⁵ Ver Garrorena Morales, "Cuatro tesis y un corolario sobre el Derecho Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 51 (1997), pp. 45-48.

existe como historia. Forma parte de ese trayecto al que conocemos como 'constitucionalismo', y debe ser comprendida en el marco de dicho proceso. Ello quiere decir que la racionalidad de cada texto normativo no se agota en sí misma, en su propio y aislado discurso, sino que recoge, prolonga y expresa la racionalidad de un debate de siglos en el que han participado otras comunidades y otras generaciones (Garrorena, 1997: 45).

El carácter de norma fundamental proviene, entre otros, del hecho que las normas constitucionales no se remiten a otras normas, sino a un espacio de decisión más cercano a lo político que a lo jurídico, en el cual las fuerzas políticas deciden el contenido normativo de la Constitución, a partir de las definiciones conceptuales que, culturalmente, ha desarrollado el constitucionalismo moderno. Ahora bien, esta decisión en el espacio de lo político, cultural antes que natural, es positivada por la sociedad en la norma fundamental que determina la organización de la propia comunidad. Este es uno de los elementos que permite actualizar el contenido material de las normas constitucionales a través de la interpretación (Böckenförde, 2000). Llegados a este punto, es necesario destacar dos elementos importantes: 1) cada Constitución es el resultado de un devenir histórico en el cual cada comunidad ha protegido los derechos de sus miembros a partir de sus propias características culturales, legitimando con ello su ordenamiento constitucional; asimismo; 2) el acercamiento del jurista sobre el texto constitucional no es desnudo, sino que parte desde una evolución histórica que enriquece su análisis y que, de alguna manera, genera un particular modelo de Constitución a partir del cual escruta determinado texto, como podría desprenderse de la siguiente afirmación: "me parece que estamos obligados a advertir que la Teoría de la Constitución extraíble de determinadas constituciones dudosamente merecedoras de tal nombre, por mucho que se adecue a su texto, solo puede calificarse de '*constitucionalmente inadecuada*'" (Garrorena Morales, 1997: 50); el juicio de valor del observador le impide realizar una aproximación 'neutra' al objeto de estudio.

No es que la neutralidad sea un ideal en el cual ciertos autores fracasan; por el contrario, ello da cuenta de que siempre las particularidades del sujeto (tanto las individuales como aquellas que comparte con su comunidad de origen), condicionarán la teoría constitucional que construya a partir de determinados enunciados normativos. Así, es comprensible que se afirme la imposibilidad de que ciertos textos normativos que cumplan satisfactoriamente con los mínimos propios del sistema constitucional moderno (v. gr., protección de los derechos fundamentales), precisamente porque el estudioso parte desde ciertos supuestos, conscientemente o no, desde los que debiera realizar un análisis crítico de la norma constitucional. Es lo que sucede, por ejemplo, con la Constitución chilena vigente: mientras más cercano a la Dictadura se encuentre el observador, más benigno será su juicio de la Carta, y viceversa.

3. ESTADO DE DERECHO

El Estado de Derecho es uno de los elementos claves de la cultura jurídica, ya que define la posición del Estado en la sociedad y su relación con los individuos a través de la actuación de sus organismos. Aunque sus elementos principales mantienen algún grado de

continuidad en su desarrollo histórico, se trata de un concepto que permanece abierto a las diferentes concepciones teóricas sobre el Estado y la Constitución que “son susceptibles de concreciones diversas, sin que ello suponga que cambie por entero su contenido, es decir, sin que pierda su continuidad o se degraden a meras fórmulas vacías. De esta forma, solo el conocimiento de su desarrollo histórico hace posible una comprensión sistemática del concepto” (Böckenförde, 2000: 18). A lo largo de la historia, este término ha conceptualizado la forma en que se ejerce el poder político, determinando el control que la sociedad ejerce sobre él. Idea originaria del constitucionalismo inglés y acuñado formalmente en el primer tercio del siglo XIX⁶, ha experimentado una importante evolución, superando una concepción preferentemente formal para desarrollar un contenido material diferente al original.

El contexto histórico que determina el surgimiento del Estado de Derecho es trascendental: la opción política por un determinado sistema jurídico de ejercicio del poder obedece a la necesidad de la burguesía por controlar y limitar el poder de la monarquía absoluta y de derrotar a la nobleza. Ello es determinante para comprender la evolución que ha experimentado el concepto y cómo se ha amoldado su contenido original a medida que evoluciona la sociedad, debiendo hacer frente a realidades y necesidades políticas, económicas y sociales en constante cambio. No por nada, el concepto original de Estado de Derecho se fundamenta en las garantías formales de protección de los derechos fundamentales y en el establecimiento de los límites procesales al ejercicio del poder (separación de poderes, principio de legalidad), que lo llevan a optar por un reconocimiento expreso –para una posterior constitucionalización– de los derechos de libertad como espacios intangibles frente al poder del Estado⁷.

La propia construcción argumentativa del contractualismo y de sus pilares (el estado de naturaleza y los derechos preestatales), tiene por finalidad derrotar un argumento que, en la época, aparecía como inexpugnable: el origen divino del poder real. Oponiendo sus intereses a los de la nobleza dominante, la ya consolidada burguesía mercantil fuerza el fin del Antiguo Régimen alegando la protección de derechos anteriores al Estado. Como no podía ser de otra manera, los derechos cuya protección se alegaba se identificaron plenamente con la protección de los intereses de la propia burguesía que empujó por su

⁶ Acuñado por Robert von Mohl, *Das Staatsrecht des Königreich Württemberg*, Tübingen, 1829. Para una evolución del concepto, puede consultarse Manuel García-Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1996; Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9ª edición, Madrid, Tecnos, 2005.

⁷ Creemos importante señalar que no se trata del mismo concepto de Estado actual, ya que en la época en comento se identificaban Estado y monarca; así, es posible afirmar que tanto las ideas de espacios de libertad intangibles al Estado como de derechos preestatales, deben ser entendidas a partir del contexto histórico que las genera, es decir, derechos que no se oponen a todo el Estado tal como lo entendemos hoy, sino que se oponen a quien en la época ejercía en forma absoluta el poder político: el monarca. Ello permite entender la actual configuración política de los derechos a partir de diversas manifestaciones de la voluntad soberana, la constituyente, no institucionalizada, y la legislativa, necesariamente ejercida dentro del Estado.

reconocimiento (propiedad y seguridad individual), dando paso al surgimiento del Estado liberal de Derecho, según veremos.

Como un elemento inescindible de esta evolución histórica, la relación entre el Estado y la sociedad experimentó una fuerte transformación desde fines del siglo XIX y comienzos del XX. El Estado dejó de ser el gendarme o guardián que garantiza el libre desarrollo de la sociedad civil –ambos, Estado y sociedad, concebidos como dos sistemas separados entre sí– y pasó a ser un agente activo en su desarrollo, participando de la actividad social, cuando no regulando ciertos sectores. Asimismo, la función inicial de garantía formal y procesal de los derechos concebidos como espacios de libertad, es complementada por la garantía material de ciertas prestaciones que vienen a asegurar mínimos materiales en el nivel de vida de los ciudadanos, ambos fundamentados en la actual autoconcepción de la dignidad de la persona. De esta manera, la separación entre ambos sistemas dio paso a una interconexión entre ellos, prácticamente a todos los niveles. Al respecto, García Pelayo afirma que

es claro que una concepción del Estado de Derecho formulada dentro de un marco caracterizado por la neta distinción entre Estado y sociedad, por unos valores jurídicos considerados como inmutables y por una determinada distribución del poder político-social, no puede mantenerse en sus términos clásicos y que ha de sufrir el correspondiente proceso de adaptación a las nuevas situaciones ambientales (García Pelayo, 1996: 54).

Los elementos del Estado de Derecho deben ser interpretados según la realidad social, complementando las clásicas concepciones que dieron vida al principio con los elementos que lo configuran actualmente; así, tanto la evolución en el concepto de igualdad, como el cambio en la relación Estado-sociedad son determinantes en el contenido material del Estado de Derecho, lo que repercute, necesariamente, en la interpretación de los derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico en su conjunto. De esta manera, la tipificación del Estado de Derecho actual no se limita a los elementos constitutivos de los siglos XVIII y XIX (Cossio Díaz, 1989), sino que incorpora una serie de factores propios de la evolución que ha experimentado la sociedad, principalmente durante el último siglo.

Aun cuando no debe olvidarse que el concepto de Estado de Derecho contiene la fundamentación misma del control, límite y condicionamiento del ejercicio del poder político del Estado –la separación de poderes, el respeto y garantía de los derechos fundamentales y la legalidad de los actos de la Administración–, es menester tener presente que todos ellos han evolucionado junto con el régimen político desde fines del siglo XVIII, por cuanto hoy responden a nuevas exigencias, formuladas por una sociedad que ha experimentado profundas transformaciones. La separación de poderes hoy tiene una connotación distinta, ya sea por la interacción permanente entre los poderes del Estado, ya sea por la presencia de los partidos políticos de masas; los derechos fundamentales hoy componen un catálogo cada vez más amplio y complejo, garantizado jurisdiccionalmente, que se desarrolla dentro del Estado y no como una realidad previa a él, pero cuya efectividad se encuentra en permanente cuestiona-

miento; y el principio de legalidad de los actos de la Administración ha sido complementado por el principio de constitucionalidad, aplicable a todos los órganos del Estado. Ello configura un Estado de Derecho diferente, que algún sector de la doctrina ha denominado Estado constitucional⁸, en el que se incorporan las tres tradiciones del constitucionalismo contemporáneo: liberal, social y democrática.

4. LA FUNCIÓN DE UNA CONSTITUCIÓN EN LA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

La práctica constitucional chilena muestra una concepción desafortunada acerca de la función que cumplen la Constitución y la ley en la configuración normativa de nuestra convivencia democrática; particularmente, respecto de la relación que existe entre ambas normas o, mejor dicho, entre lo que cabe esperar del constituyente y del legislador en tanto representantes (mejores o peores) de la voluntad soberana. Esta confusión ha llevado a creer que cualquier problema se puede resolver con una reforma a la Constitución. Ciertamente, otros factores inciden, como el excesivo legalismo o la propia carencia de legitimidad de la Carta. La Constitución solo está para las cuestiones macro: distribución de competencias entre los órganos del Estado, principalmente para determinar la legalidad de su actuación, sus límites y controles, y el reconocimiento de los derechos fundamentales, a través de declaraciones de principios acompañadas de competencias específicas para garantizar su ejercicio y protección. Determinar el tipo de Estado, la forma de gobierno, las competencias de cada órgano y sus controles, pero bajo la premisa que la regulación de detalle será determinada a través de los procedimientos participativos que se garantizan en el Congreso Nacional.

¿Qué corresponde a una constitución? Regulación constitucional del ejercicio del poder y garantía de los derechos fundamentales; el resto es tarea del legislador. La Constitución debe determinar las bases de la convivencia, sus elementos fundamentales (como los derechos), junto a los órganos competentes y los procedimientos para resolver o dirimir las dificultades que surjan en su aplicación. Es a partir del respeto de estos mínimos que las comunidades se dan a sí mismas el tipo de ordenamiento jurídico que desean. El fin de la Constitución no es regular, a nivel de detalle, todos los aspectos de la convivencia democrática y del poder político. En el contexto del constitucionalismo contemporáneo, deudor de sus raíces liberal, social y democrática (y de los intereses y necesidades sociales y económicas tras cada uno de ellos), una carta fundamental no debiera positivizar y petrificar un modelo de sociedad basado solo en uno de estos tres grandes pilares, precisamente porque no considera, para la definición de sociedad, la debida protección de los intereses y necesidades propias de estas tradiciones del constitucionalismo.

En concreto, el modelo chileno de la Constitución vigente fue diseñado por la Dictadura, pero desde el paradigma propio del constitucionalismo decimonónico liberal, que sobreprotege

⁸ Con algunas diferencias entre sí, puede consultarse Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, especialmente pp. 33-41, y Häberle, *El Estado constitucional*, especialmente pp. 295-311.

la propiedad privada, la libre iniciativa económica y la autonomía de la voluntad en desmedro de otros valores que forman parte de la convivencia social, identificados en los derechos sociales, en la igualdad y en la participación. La historia ya nos muestra cómo termina el asunto: la crisis de legitimidad material que sufrió el Estado liberal de Derecho desde la segunda mitad del siglo XIX y que significó su radical transformación, está afectando al modelo constitucional chileno. Mientras esta crisis de legitimidad material no se satisfaga, la Constitución (la vigente o la próxima) no gozará de la legitimidad necesaria para garantizar estabilidad.

Cada comunidad, históricamente determinada, tiene el derecho y el deber de autogobernarse, por lo que el ordenamiento constitucional antes que petrificar determinadas opciones políticas, debe garantizar la existencia del juego democrático y que este sea capaz de concretizar el contenido de la Constitución a partir de diferentes opciones políticas, respetando los elementos mínimos de convivencia democrática. En efecto, lo único que no debe quedar indeterminado son los fundamentos del orden de la comunidad, por lo que la Constitución debe contener un núcleo estable de todo aquello que la comunidad ha decidido y que ya no se encuentra controvertido (Hesse, 2011). Esta es la principal tarea pendiente en el proceso de legitimación democrática del ordenamiento constitucional chileno, hacia la cual debiera apuntar el desarrollo del Derecho Constitucional (con esta Carta u otra): permitir primero y garantizar después que el contenido mínimo de este núcleo pueda ser determinado democráticamente por la comunidad, superando las técnicas de amarre articuladas por la dictadura militar. Ello supone revisar tanto los procedimientos y las competencias que contempla la Constitución para decidir las cuestiones que se han dejado abiertas, como el contenido de aquel núcleo base, determinado en dictadura y cerrado a la revisión democrática como consecuencia del sistema de quórum y del sistema electoral binominal para la elección de los parlamentarios. Solo así, este núcleo tendrá la legitimidad democrática suficiente para dotarlo de la estabilidad que requiere la sociedad.

El ejercicio es necesario, incluso en el escenario de una nueva Carta. Ningún poder constituyente, sea este dictatorial, autoritario o democrático, puede pretender que su decisión normativa reemplace la futura actividad política de la sociedad. Legítimamente, las generaciones venideras aspirarán a determinar las reglas de su convivencia democrática, enfrentando necesidades y protegiendo intereses según el contexto histórico que los condicione. Probablemente compartirán las matrices básicas recogidas en la Constitución, pero si esta pretende imponerse por sobre la decisión de aquellos, está condenada a la deslegitimación. En el marco de una sociedad plural y democrática, la apertura de la Carta es un mínimo teórico para satisfacer su pretensión de estabilidad normativa y, consecuentemente, político-social. Pero apertura no en tanto en la indeterminación de sus enunciados normativos, sino en el espacio competencial que reconoce y garantiza al legislador.

Esta apertura de la Constitución, debiera ser entendida como garantía de libertad política de la cual goza una comunidad para autodeterminarse (Hesse, 2011). Es una de las funciones

que cumple esta norma en el modelo actual del Estado de Derecho: garantizar la apertura del proceso deliberativo a través del cual se crean las normas jurídicas; nunca cerrarlo a través de argumentos de autoridad. La función de una constitución es encauzar la política a través de los mínimos acordados por la comunidad, pero nunca reemplazarla. A este respecto, la interpretación constitucional es clave. Dado que tras toda teoría de la interpretación existe subyacente una teoría de la Constitución, concebir la norma como un testamento, lleva al intérprete a recurrir a argumentos de autoridad que cierran el diálogo en el proceso nomogenético, por ejemplo, vía interpretación originalista. El recurso constante a las Actas de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución solo ha logrado petrificar el contenido material de la Carta, contribuyendo en su proceso de deslegitimación al cercenar el diálogo deliberativo propio de la sociedad civil. Ello impide que esta norma cumpla la función que se espera de ella en el Estado de Derecho contemporáneo: garantizar la apertura del proceso democrático a partir de la diversidad y pluralismo que caracteriza a la sociedad actual.

Sin embargo, la Constitución vigente contiene una serie de disposiciones que regulan cuestiones que son propias de una ley o, incluso, de un reglamento. Peor aún: cierra ciertas materias y las excluye de la decisión política, a través de una astuta combinación estratégicamente diseñada por la dictadura militar, que combina la iniciativa exclusiva de ley del Presidente de la República, el complejo sistema de quórum para la aprobación de las leyes y el sistema de control de constitucionalidad. Ello se explica por el origen histórico del texto: se definieron ciertas instituciones (en el sentido amplio de la palabra) como resultado de una reacción política frente al gobierno de la Unidad Popular. Así, por ejemplo, la Constitución vigente define un modelo económico, un sistema tributario, un sistema de previsión social, un sistema universitario, etc., no solo entrometiéndose, sino que entorpeciendo la definición legislativa de estas materias. Ese entramado forma parte de la estrategia política a través de la cual se protegen los intereses (principalmente económicos) de quienes respaldaron la dictadura, reemplazando a la política por la Constitución.

CONCLUSIÓN

Esa garantía de libertad política, que Hesse identifica en los aspectos que la Constitución ha dejado pretendidamente abiertos para una configuración legislativa posterior, en la Carta chilena ha sido cerrada y casi petrificada contra la intervención legislativa. Ello se ha hecho a partir del miedo a la política como un espacio legítimo de configuración del ordenamiento jurídico, argumentando la recuperación de la estabilidad institucional quebrantada en la década de 1970. Sin embargo, el afán de la Carta vigente por reemplazar a la política en vez de garantizarla mediante ciertos mínimos consensuados, le ha significado su condena irremediable a la ilegitimidad. Por eso nunca podrá superar este déficit, a diferencia de lo ocurrido con constituciones chilenas anteriores que sí lograron reponerse de sus contextos autoritarios de gestación. El problema de ilegitimidad que afecta a la Carta vigente no es solo por su origen en dictadura, sino porque sus instituciones obedecen a un objetivo político: reemplazar a la política.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aldunate Lizana, Eduardo.** 2010. "Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo". *Revista de Derecho*, vol. XXIII n° 1: 79-102.
- Alexy, Robert.** 2000. "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático". *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, año V N° 8: 35-41.
- Böckenförde, Ernest-Wolfgang.** 2010a. "Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho", en: Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid: Trotta.
- _____. 2010b. "El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del Derecho Constitucional", en: Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid: Trotta.
- Carbonell, Miguel.** 2007. *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta.
- Cossio Díaz, José Ramón.** 1989. *Estado social y derechos de prestación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Fioravanti, Maurizio.** 2001. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta.
- García Pelayo, Manuel.** 1996. *Las transformaciones del Estado*. Madrid: Alianza Editorial.
- Garrorena Morales, Ángel.** 1997. "Cuatro tesis y un corolario sobre Derecho Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional* año 17 N° 51: 37-64.
- Guzmán Brito, Alejandro.** 2002. "El vocabulario histórico para la idea de Constitución Política". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*: 267-313.
- Häberle, Peter.** 2002. "La constitución como cultura". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* N° 6.
- _____. 2003. *El Estado constitucional*. México D.F.: Universidad Autónoma de México.
- Habermas, Jürgen.** 2010. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Trotta.
- Hesse, Konrad.** 2011. "Concepto y cualidad de la Constitución". En Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 33-56.
- Jellinek, George.** 2000. *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Kelsen, Hans.** 2002. *Teoría pura del derecho*. México D.F.: Editorial Porrúa.
- Lassalle, Ferdinand.** 2002. *¿Qué es una Constitución?* Barcelona: Ariel.
- Pérez Luño, Antonio Enrique.** 2005. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Sieyès, Emmanuel.** 2003. *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*, Madrid: Alianza Editorial.
- Zagrebelsky, Gustavo.** 2003. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.
- Zúñiga Urbina, Francisco.** 2007. "Autonomías constitucionales e instituciones contramayoritarias (a propósito de las aporías de la democracia constitucional)". *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Chile, año 13 N° 2, pp. 223-244.