

La reforma a la Constitución chilena de 1980 y la relación entre democracia y constitucionalismo¹

RODRIGO ANDRÉS POYANCO BUGUEÑO²

Universidad de los Andes (Chile)

1. Introducción

En los últimos años se ha producido en Chile una prolongada discusión entre distintos sectores políticos y doctrinarios que sostienen la conveniencia o no de reformar la Constitución Política de Chile de 1980. Entre los partidarios de dejar atrás el orden constitucional de 1980, se alegan como principales argumentos, en primer término, la “ilegitimidad de origen” de dicha carta fundamental, esto es, el que haya sido producto de la imposición del gobierno militar que gobernó Chile entre 1973 y 1990, y en segundo lugar, lo que se conoce usualmente en Chile como los “enclaves autoritarios”, esto es, determinadas disposiciones que han impedido los avances buscados por los actores políticos en determinadas materias que serían de interés público.

¹ Trabajo realizado en el marco de la investigación desarrollada por el autor para obtener el grado de doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela, España, bajo la dirección del profesor Antonio Carlos PEREIRA MENAUT.

² Licenciado en Derecho y Abogado por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de derechos humanos de la Universidad de los Andes, Chile.

Intentaremos despejar a continuación los principales elementos del debate y, a partir de ello, recordar el papel de una constitución en un régimen democrático, y cuál es la relación que debe establecerse entre limitación del poder y la prosecución de determinados objetivos políticos o sociales, incluso cuando ello se hace a través de un documento constitucional.

2. La crítica doctrinaria a la ilegitimidad democrática de la Constitución de 1980

Uno de los grandes reparos efectuados por la doctrina partidaria de la reforma constitucional o, directamente, el reemplazo de la actual Constitución política chilena, es su ilegitimidad de origen y lo que se considera son una serie de trabas que este documento impone al desarrollo natural de la política chilena. Entendida como un documento impuesto por una dictadura, la Constitución establece lo que ZÚÑIGA URBINA denomina como un “nudo gordiano” destinado a detener cualquier intento de salirse de un determinado esquema político—económico³.

Es así como, ya en el año 2002, un autor que se ha dedicado recurrentemente al tema, señalaba que “[p]ara nadie es un misterio que la Constitución de 1980 adolece de una clara falta de legitimidad democrática en su *origen*, por dos causas principales. En primer término, es fruto de un constituyente autoritario (*Comisión para el Estudio de la Nueva Constitución, Consejo de Estado y Junta de Gobierno*), cuyos integrantes en ningún caso representaron la pluralidad ideológica que necesariamente se requiere para generar una Carta normativo—democrática. En segundo lugar, su aprobación se realizó mediante plebiscito que no cumplió los

³ ZÚÑIGA URBINA (2013, p. 516). El objeto de sus críticas es el Capítulo XV, arts. 127 a 129, denominado “Reforma de la Constitución” que, en general, establece quórum super reforzados de reforma constitucional para determinadas materias entre las que se encuentran, justamente, aquellas relacionadas por la doctrina con lo que se considera un orden político y económico neoliberal.

La reforma a la Constitución chilena de 1980 (...)

requisitos exigidos en un acto electoral democrático, ya que no se observaron en su oportunidad las mínimas garantías de libertad e información. Este origen espurio de la Carta Fundamental – asunto que prácticamente la generalidad de la doctrina nacional pasa por alto— sigue estando presente y subyace en nuestra práctica constitucional”⁴.

En tanto, GARRETON y GARRETON afirman que “[...] el caso chileno presenta *enclaves autoritarios* heredados tanto de la dictadura como de los amarres o acuerdos de transición, que limitan el carácter democrático, es decir, de expresión de la soberanía popular o [...] las capacidades ciudadanas para el autogobierno propio de las democracias fuertes. Estos enclaves son de dos tipos, institucionales y actorales, y estos últimos constituyen lo que puede denominarse *poderes fácticos*, los que pueden ser fácticos puros (medios de comunicación, por ejemplo) o “de jure” (tribunal constitucional, por ejemplo)”⁵.

No obstante que muchas de estas normas han sido modificadas, el cuestionamiento se ha mantenido en el tiempo. Es así como para GARRETON y GARRETON, la situación antidemocrática denunciada por estos autores subsistiría incluso luego del paquete de reformas constitucionales más ambicioso, el del año 2005, que derogó dos de los mecanismos—enclaves que identifican⁶. Esto pues los otros seguirían en pleno vigor, provocando una fuerte distorsión de la voluntad popular en el parlamento, por una parte, y una exclusión de los sectores ajenos a las dos fuerzas mayoritarias. Para los autores, ejemplos de esta distorsión son la imposibilidad de modificar el sistema binominal, que favorece la sobrerrepresentación de las fuerzas políticas que están en minoría (a la época de entrada en vigencia de la Constitución, la derecha pinochetista); el no otorgamiento de voto

⁴ CAZOR ALISTE Y FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ (2002, p. 152)

⁵ GARRETÓN Y GARRETÓN (2010, p. 117). En sentido similar CAZOR ALISTE Y FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ (2002, p. 152).

⁶ Fundamentalmente, la composición del Senado por ex—presidentes de la República y senadores designados de manera no democrática, en ambos casos con duración vitalicia.

a los chilenos que viven en el extranjero, muchos de los cuales están allí por haber sido víctimas de la dictadura; y la traba para enmendar todas las leyes de quórum súper—reforzados que adoptó Pinochet y su junta legislativa en los últimos días de dejar el poder⁷.

En tanto, ZÚÑIGA URBINA sostiene, en un trabajo más reciente, que la Constitución vigente se caracteriza “por ser ‘otorgada’ unilateralmente⁸, autoritaria en lo político y neoliberal en lo económico”. En cambio, una nueva Constitución que reemplace a la anterior “debe inspirarse en la tradición democrática y republicana chilena, en la que confluyan las tradiciones constitucionales liberal, democrática y social y que sea fruto de un auténtico consenso constitucional. Para ello debe superar los déficits democráticos del arreglo institucional y del ejercicio del poder constituyente derivado”⁹.

En ese panorama, la actual Presidenta de la República de Chile, doctora Michelle Bachelet, anunció a fines de 2015 su disposición a impulsar un proceso de reforma constitucional, con el objeto de obtener una nueva carta constitucional que reemplace a la anterior. En su discurso, la Presidenta resume lo expuesto de la siguiente forma:

“[...] La actual Constitución tuvo su origen en dictadura, no responde a las necesidades de nuestra

⁷ GARRETÓN Y GARRETÓN (2010, p. 119). Otros puntos señalados por la doctrina como “enclaves autoritarios”, en cambio, ya han sido eliminados. Entre ellos se encuentran, por ejemplo, la tutela militar originalmente consagrada en favor de las Fuerzas Armadas chilenas como “garantes de la institucionalidad”; la composición de la cámara alta de la época (integrada por senadores designados y vitalicios). Actualmente, por otra parte, el sistema electoral binominal tiene rango legal, por lo que podría eventualmente ser cambiado con mayor facilidad, por acuerdo de las fuerzas políticas.

⁸ Alude fundamentalmente, al hecho de que, efectivamente, la Constitución fue diseñada y aprobada por la dictadura militar, vía un plebiscito que ha sido calificado reiteradamente como un fraude.

⁹ ZÚÑIGA URBINA (2014, pp. 30–32)

La reforma a la Constitución chilena de 1980 (...)

época ni favorece a la democracia. Ella fue impuesta por unos pocos sobre la mayoría. Por eso nació sin legitimidad y no ha podido ser aceptada como propia por la ciudadanía.

Es cierto que desde el retorno de la democracia le hemos introducido cambios importantes, que han atenuado su carácter autoritario, pero aún tiene mecanismos que obstaculizan el pleno ejercicio de la democracia y que no pueden ser eliminados con nuevos intentos parciales.

Por eso, ha llegado el momento de cambiarla. Chile necesita una nueva y mejor Constitución, nacida en democracia y que exprese la voluntad popular. Una legítima y respetada por todos, que la conviertan en un motor de unidad nacional. Eso ha sido lo que consistentemente ha venido demandando la ciudadanía y es uno de los principales compromisos por el que fui elegida¹⁰.

Como puede verse, de alguna manera el problema expuesto puede reducirse sumariamente a dos términos enfrentados: por un lado, el actual proceso político democrático chileno, que se ve constreñido por las normas constitucionales heredadas de la dictadura; y por otro, una constitución rígida, de origen dictatorial, que impone una “jaula de hierro” a las aspiraciones emanadas de aquél¹¹.

¹⁰ Texto del discurso completo en <http://www.gob.cl/2015/10/13/discurso-de-la-presidenta-de-la-republica-al-anunciar-el-proceso-constituyente/>. Fecha de consulta: 30 de agosto de 2016

¹¹ Parafraseamos la expresión “marco de hierro” utilizada por GARRETÓN y GARRETÓN. “El núcleo básico de la constitución, un marco de hierro incambiable y perenne para un determinado orden socioeconómico, no pudo ser modificado por las reformas constitucionales de 2005 bajo el gobierno de Lagos [...]”. GARRETÓN Y GARRETÓN (2010, p. 120)

3. La Constitución y la democracia

Aunque no nos merece objeción alguna que se efectúen éstas y otras críticas de fondo al contenido de la Constitución de 1980, queremos sin embargo hacer presentes algunas prevenciones, desde la teoría constitucional, respecto de lo que puede esperarse realmente de una reforma constitucional al respecto. Para ello recordaremos primero la relación entre democracia y Constitución y, en segundo término, revisaremos cómo influyen las tradiciones constitucionales comparadas en lo que debe entenderse es el papel que la segunda desempeña cuando intenta influir el proceso democrático.

Recordemos que, en su concepción clásica, la palabra “democracia” se conecta tanto con las ideas de igualdad como de libertad. En ese contexto, dada la igualdad de los ciudadanos frente al poder político¹² que caracteriza a este régimen, y la ausencia de poderes políticos extraños al propio pueblo que amenacen su existencia, no es extraño que, históricamente, haya surgido la tentación de suponer que la democracia es, frente a otros tipos de regímenes políticos, el que necesita de menores resguardos constitucionales¹³. Sin embargo, lo cierto es que, desde

¹² “La igualdad es la que caracteriza la primera especie de democracia y la igualdad fundada por la ley en esta democracia significa que los pobres no tendrán derechos más extensos que los ricos, y que ni unos ni otros serán exclusivamente soberanos, sino que lo serán todos en igual proporción. Por tanto, si la libertad y la igualdad son, como se asegura, las dos bases fundamentales de la democracia, cuanto más completa sea esta igualdad en los derechos políticos, tanto más se mantendrá la democracia en toda su pureza; porque siendo el pueblo en este caso el más numeroso, y dependiendo la ley del dictamen de la mayoría, esta constitución es necesariamente una democracia. Esta es la primera especie de democracia [...]. ARISTÓTELES (2005, 1291b35).

¹³ Es así como ya en la Inglaterra del siglo XIX, MILL observaba, frente al avance de la democracia, que la idea de limitar el poder político “[...] fue un recurso contra los gobernantes cuyos intereses eran habitualmente opuestos a los del pueblo. Lo que ahora se exigía era que los gobernantes estuviesen identificados con el pueblo, que su interés y su voluntad fuera

La reforma a la Constitución chilena de 1980 (...)

hace ya generaciones, muchos pensadores han advertido que la propia democracia puede fácilmente degenerar en una tiranía para todos aquellos que no estén de acuerdo con el pensamiento de la parte mayoritaria de la sociedad.

El propio Aristóteles señaló que un régimen igualitario podía fácilmente degenerar en una forma de tiranía si, en vez de gobernar la ley, comenzaba a gobernar la multitud y, en particular, el demagogo que manejaba a esa multitud, convirtiéndose a la democracia en una forma de tiranía¹⁴. En épocas más recientes, pensadores de la talla de TOCQUEVILLE o los autores del FEDERALISTA también hicieron presente que la igualdad ante la ley o el expediente de la “voluntad mayoritaria” no bastan por sí mismos para asegurar la libertad de todas las personas. En efecto, como advirtieron los *framers*, en un ambiente de igualdad frente al poder —que en eso consiste precisamente, la democracia—, y en ausencia de estamentos sociales distintos al mismo, que pudiesen aprovecharse de privilegios o garantías especiales, el poder político seguía siendo peligroso cuando, respecto de cualquier tema que fuera sometido al debate público, la mayoría tuviese la tentación de imponer, por la fuerza, su opinión a la minoría respectiva. Como se diría en “El Federalista”:

“[...] En una república no sólo es de gran importancia asegurar a la sociedad contra la opresión de sus gobernantes, sino proteger a una parte de la sociedad contra las injusticias de la otra parte. En las diferentes clases de ciudadanos existen por fuerza distintos intereses. Si una mayoría une por obra de un

el interés y la voluntad de la nación. La nación no tendría necesidad de ser protegida contra su propia voluntad. No habría temor de que se tiranizase a sí misma. Desde el momento en que los gobernantes de una nación eran eficazmente responsables ante ella y fácilmente revocables a su gusto, podía confiarles un poder cuyo uso a ella misma correspondía dictar. Su poder era el propio poder de la nación concentrado y bajo un forma cómoda para su ejercicio [...]”. MILL (1997, pp. 59–60).

¹⁴ ARISTÓTELES (2005, 1291b— 1292a)

interés común, los derechos de la minoría estarán en peligro [...]”¹⁵.

Por su parte, TOCQUEVILLE señalaba que

“Personas hay que no tienen reparo en decir que un pueblo, en los objetos que sólo interesan a él mismo, no puede salir enteramente de los límites de la justicia y de la razón, y que así no se debía temer el dar toda potestad a la mayoría, que le representa; pero esto es un lenguaje de esclavos. ¿Qué cosa es, pues, una mayoría, tomada colectivamente, sino un individuo que tiene opiniones y las más veces intereses contrarios a otro individuo a quien se le da el nombre de minoría? Y si se admite que un hombre revestido de la omnipotencia pueda abusar de ella contra sus adversarios, ¿por qué motivo no se ha de admitir lo mismo con respecto a una mayoría? Por reunirse los hombres, ¿mudan de carácter? ¿se vuelven más sufridos en los peligros con hacerse más vigorosos? Por lo que a mí respecta no puedo creerlo: y la potestad de hacerlo todo, que deniego a cada uno de mis semejantes, nunca la reconoceré a muchos juntos [...]”¹⁶.

De ahí la importancia del constitucionalismo, para evitar que la democracia termine atentando contra sí misma. Es así como prácticamente todo el aparataje constitucional contemporáneo, —en el que destacan, entre otros, el diseño de separación y contrapeso entre las distintas ramas de gobierno (*checks and balances*), declaraciones de derechos de los ciudadanos (*Bill of Rights*) y finalmente, el control judicial del cumplimiento constitucional (la *judicial review*)—, están destinados al cumplimiento de ese fin: controlar el poder político de las mayorías, para proteger los derechos de las minorías.

15 HAMILTON Y MADISON (2006, p. 222)

16 TOCQUEVILLE (1911, p. 362)

La reforma a la Constitución chilena de 1980 (...)

En ese sentido, adherimos al concepto de Constitución que mantiene el profesor Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, de acuerdo al cual, en sentido material, ese documento es una limitación del poder, llevada a cabo por medio del Derecho y afirmando una esfera de derechos y libertades en favor de los ciudadanos. “Limitación del poder”, de acuerdo a este profesor, da lugar a la idea de separación o división de poderes, “por medio del Derecho” genera el Imperio del Derecho o Estado de Derecho, y la “esfera de derechos y libertades” da lugar a los que toda Constitución contiene, bien en el propio texto, como la mayoría, o bien en una declaración aneja, como en el caso norteamericano¹⁷.

Sin embargo, como puede advertirse, este concepto dice bastante poco, en principio, acerca del contenido concreto que debe darse a las políticas que resulten del proceso político regulado por esa Constitución. Una carta fundamental así entendida, mantiene y debería mantener una cierta neutralidad respecto del proceso democrático y sus resultados. Dentro de lo constitucional, todo resulta posible y aceptable.

4. El constitucionalismo europeo continental y la tendencia a consagrar políticas de fondo

Empero, contra el tradicional entendimiento negativo del derecho que controla al poder político, propio de la *Rule of Law* y, posteriormente, el constitucionalismo norteamericano, en el constitucionalismo europeo continental siempre ha tendido a prevalecer la idea de que una Constitución es (además) un documento que organiza el poder y establece determinados objetivos políticos de fondo, a ser alcanzados por los órganos del estado. Si bien puede percibirse entre ambas tendencias una cierta unidad de objetivos —en ambos casos, garantizar la libertad o el bienestar de los ciudadanos— la divergencia se produce en los medios. Mientras en el constitucionalismo anglosajón se confía en la limitación del poder por el derecho, este último a cargo de los

¹⁷ PEREIRA MENAUT (2006, p. 5)

jueces, dejando lo demás al proceso político, en el constitucionalismo europeo continental se ha tendido desde siempre a una mayor inclusión de directrices políticas sustanciales, que deben guiar la actuación de los poderes político democráticos.

Esta diferencia ha sido percibida y estudiada por diferentes autores y en diferentes facetas. Así, por ejemplo, SUNSTEIN señala que las constituciones inglesa y norteamericana son mayoritariamente conservativas, esto es, trata de preservar algunas cuestiones esenciales en relación a la cultura constitucional o legal en las cual es aprobada, contra los cambios en el futuro. En cambio, “las constituciones transformativas —que serían, fundamentalmente, las europeo continentales—, apuntan no a preservar un pasado idealizado de las pasiones del momento, sino establecer el camino hacia un futuro ideal. Desde este punto de vista, el objeto de una constitución democrática es sostener a la nación frente a un espejo, para revelar sus defectos. La constitución transformativa convoca a la nación a responsabilizarse”¹⁸.

Por su parte STITH diferencia entre el constitucionalismo negativo norteamericano y el constitucionalismo europeo continental. En el primero, aunque la libertad interpretativa y el activismo de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha llevado a un distinguido decano de una escuela de derecho a señalar con aprobación que ese tribunal es el "Comité Central del partido comunista" estadounidense, esta Constitución norteamericana todavía se concibe como un conjunto de límites negativos a los poderes de gobierno federales y estatales, más que como un programa positivo de acciones a desarrollar en todas las esferas de la actividad pública. La Constitución de Estados Unidos se emplea básicamente como un código penal que limita la libertad del Estado solo en ciertos aspectos debidamente definidos, no vinculados por principios o analogías¹⁹.

¹⁸ SUNSTEIN (2001, pp. 67–68). Traducción nuestra

¹⁹ STITH (2008, pp. 422–425)

La reforma a la Constitución chilena de 1980 (...)

En cambio, en el constitucionalismo europeo continental, no sucede lo mismo. De acuerdo a este autor, muchas de las nuevas constituciones del siglo veinte suenan como plataformas de partido, proclamando importantes programas de construcción social que el Estado tiene el deber de implementar. De esta manera, concluye este autor, es probable que los ordenamientos constitucionales recientes no solo contengan deberes positivos, sino que también sean interpretados en forma programática y principista. Por contraste con el ejemplo norteamericano, las nuevas constituciones europeas están siendo interpretadas como si fueran clásicos códigos civiles, esto es, extensos regímenes que contienen en principio la solución a cualquier disputa posible. Los nuevos deberes positivos estatales e incluso están siendo descubiertos por analogía con los antiguos, y los jueces conciben el entero ordenamiento jurídico como una jerarquía obligatoria de valores que gobiernan toda la acción pública²⁰.

Es lo mismo que advierte OTTO y PARDO cuando alude al cambio en el modo mismo de entender la función de la norma constitucional, producido por hecho de que la Constitución proceda a una fijación imperativa de objetivos. Dado que el orden de la sociedad en su conjunto no es ya el fruto espontáneo de la abstención estatal, sino algo de cuya creación o conservación *es* responsable el Estado, se quiere ver en la Constitución en su conjunto una prefiguración del propio orden social que esa acción debe perseguir. La Constitución pasa a considerarse norma jurídica fundamental, no en el sentido de que sea el fundamento de la validez de todo el ordenamiento, sino en el de que *contiene el orden jurídico básico* de los diversos sectores de la vida social y política, de modo que prefigura, de forma similar a como lo hacen los programas de partido, un «modelo de sociedad»²¹.

Desde este planteamiento, continúa este autor, del mismo modo que los derechos fundamentales en singular se reinterpretan

²⁰ *Ídem.*

²¹ OTTO Y PARDO (2010), pp. 845–846)

como normas finalistas, toda la Constitución en su conjunto deja de considerarse como el marco jurídico en el que se ha de desenvolver la realidad política, y se reinterpreta como mandato de construir y mantener una realidad política. Ese es el sentido en que se habla con frecuencia de una discrepancia entre «Constitución» y «realidad constitucional», no para referirse a las infracciones de un precepto de la Constitución, sino para señalar la ausencia o la escasa entidad de una realidad política que se supone que la Constitución exige [...]. En definitiva, el hecho de no haberse constituido efectivamente en toda su plenitud la realidad política que se pretendía al elaborar la Constitución significaría falta de «realización» de la Constitución misma, al considerarse esta no como el orden jurídico que la hace posible al garantizar las libertades de que puede nacer, sino como la norma que programa su surgimiento y permanencia²².

5. Los contenidos de fondo y la libertad

Expuesto lo anterior, cabe expresar nuestras prevenciones respecto de la forma en que esta tendencia natural del constitucionalismo europeo continental – desde luego, presente en Chile, como país tributario de esta corriente—, en sí misma inobjetable, termine expresándose en el proceso de reforma en examen, de una manera que implique nuevamente un perjuicio no sólo para la futura libertad política de la sociedad chilena para escoger sus batallas sociales de cada día –lo cual sería, paradójicamente, ni más ni menos, una nueva limitación de la democracia, aunque en sentido inverso—, sino también para la libertad de los propios individuos de escoger o apartarse, si lo estiman pertinente, de determinados modelos sociales, impuestos con la fuerza de lo constitucional.

En cuanto a lo primero, ha de recordarse que la democracia es también garantía de pluralismo político, una de las características de la política moderna. Ya ARISTÓTELES consideraba que la comunidad política no puede ser una unidad –

²² *Ídem.*

La reforma a la Constitución chilena de 1980 (...)

es decir, una comunidad sin pluralidad de intereses y aspiraciones—, pues la unidad forzada convertiría a la ciudad en una familia y a ésta en una persona sola, destruyendo la ciudad. “Lo que se ha considerado como el mayor bien en las ciudades en realidad las destruye. Sin duda, el bien de cada cosa es aquello que la preserva”²³. Y, en materia de regímenes políticos, PLATÓN advierte que el pluralismo es la consecuencia más visible de la democracia.

“[P]ienso que los hombres que se desarrollen en este régimen político serán de toda variedad, más que en cualquier otro [...] Además, bienaventurado amigo, este régimen es muy apropiado para indagar dentro de él una organización política [...] [p]orque cuenta con todo género de constituciones, debido a la libertad; y es posible que quien quiera organizar un Estado, como nosotros acabamos de hacer, deba dirigirse a un Estado democrático, y allí, como si hubiese llegado a un bazar de constituciones, escoger el tipo que más le agrade, y, una vez escogido, proceder a su Fundación”²⁴.

De esta manera, sería prudente que, en el reemplazo de los “enclaves autoritarios” heredados de la dictadura, no se incurriera en el paradójico error de imponer esta vez enclaves “democrático—autoritarios” —si se nos permite la expresión—, que volvieran a limitar al proceso político, reemplazando unas amarras por otras, aunque ahora en beneficio de determinadas ideologías políticas inversas a las anteriormente preponderantes. El problema no está en el color de las amarras que intentan obstaculizar la libertad política de las sociedades, sino en las amarras en sí.

En cuanto a lo segundo —y, desde luego, de forma complementaria con lo anterior—, cabe recordar que el objetivo específico del constitucionalismo es proteger a las minorías, e

²³ ARISTÓTELES (2005, 1261a—1261b (pp.99—100))

²⁴ PLATÓN, (1988, Reimpresión, 557 c–d)

incluso a los individuos, cuando estos ven amenazadas su libertad y derechos individuales por políticas gubernamentales. La amenaza a la vida, libertad y derechos de los ciudadanos no desaparece porque las políticas en cuestión, en vez de ser un programa de partido o la imposición de un líder dictatorial, estén consagradas en una disposición constitucional, como por lo demás lo han comprobado los propios críticos de la Constitución de 1980. La presencia de una disposición abusiva en una Constitución no transmuta la naturaleza injusta de tal mandato. Sólo la eleva en categoría y fuerza.

No parece mal recordar aquí cómo, a partir de la famosa distinción entre distintos conceptos de libertad, Isaiah BERLIN señala las aberraciones a las cuales puede llevar la idea de libertad positiva o autorrealización, impuesta por unos en nombre de la “verdadera libertad” de otros. Allí BERLIN presenta cómo, desde esa perspectiva, puede resultar posible, y a veces “justificable” — desde luego, con la crítica del autor—, coaccionar a los hombres en nombre de algún fin (p. ej. la justicia o la salud pública)

“que ellos mismos perseguirían, si fueran más cultos, pero que no persiguen porque son ciegos, ignorantes o están corrompidos. Esto facilita que yo conciba coaccionar a otros por su propio bien, por su propio interés, y no por el mío. Entonces pretendo que yo sé lo que ellos verdaderamente necesitan mejor que ellos mismos. Lo que esto lleva consigo es que ellos no se me opondrían si fueran racionales, tan sabios como yo, y comprendiesen sus propios intereses como yo los comprendo”²⁵.

Lo anterior ha de tenerse particularmente presente cuando, como resultado de un bien intencionado deseo de liberar al proceso democrático chileno de lo que se estiman son cadenas que se han mantenido durante demasiado tiempo, se propone como parte de la revisión constitucional, la incorporación de contenidos de carácter claramente positivo, incluso en materias

²⁵ BERLIN (1988, p. 203)

La reforma a la Constitución chilena de 1980 (...)

que, al menos en nuestro actual estado político constitucional, son de naturaleza extremadamente controversial. Se trata de cuestiones cuya juridificación podría traer más inconvenientes que problemas, incluyendo cuestiones que pueden arrinconar a quienes mantienen posiciones discrepantes con las mayorías políticas, entre la espada de cumplir el derecho así impuesto y la pared de ejercer la objeción de conciencia, con riesgo de la propia libertad²⁶.

De aquí la necesidad de mantener un cuidadoso equilibrio entre los fines positivos contenidos en una Constitución y la tradicional función limitativa del poder político, propia del constitucionalismo liberal. Por eso es que autores como BÖCKENFÖRDE recuerdan que no es correcto infravalorar las garantías jurídico formales y los procedimientos regulados propios del Estado de Derecho en su sentido formal; dichas garantías y los procedimientos formales, señala este autor, son precisamente lo que ampara y protege la libertad individual y social, en tanto son un medio de defensa frente a los ataques que se dirigen directamente contra individuos y grupos sociales en nombre de contenidos materiales, o de supuestos valores, establecidos o interiorizados como algo absoluto; “se revelan, pues, como instituciones de la libertad, que tiene poco que ver con el formalismo o incluso el positivismo”. Agrega que

“la supresión de la libertad en los regímenes totalitarios no comienza nunca con un respeto escrupuloso a las garantías formales y los procedimientos, sino más bien con su quebrantamiento en nombre de un derecho material y pre—positivo superior, ya sea este el de la “religión

²⁶ Aquí nos referimos a cuestiones tan contestadas —en Chile— como “los derechos de los niños, niñas y adolescentes” (dados los problemas que pueden crear en relación con los derechos y deberes de los padres y el concepto de familia); el derecho a la intimidad y derechos sexuales y reproductivos (por sus implicancias bioéticas y de libertad de conciencia). Véanse ejemplos de éstas y otras propuestas en ZÚÑIGA URBINA (2014, pp. 30–32)

verdadera”, el de la “comunidad popular de miembros de la misma especie” o el del “proletariado [...]”²⁷.

En un sentido similar, ahora en el derecho norteamericano, recuérdese una conocida formulación del juez POSNER en el asunto *Jackson v City of Joliet*. Allí, afirma aquel que

“Los hombres que escribieron el *Bill of Rights* no estaban preocupados de que el gobierno hiciera por el pueblo demasiado poco, sino de que *hiciera demasiado*. La enmienda XIV, adoptada en 1868 en plena vigencia del pensamiento de *laissez faire*, apuntaba a la protección del pueblo norteamericano de la opresión del estado, no al aseguramiento de servicios gubernamentales básicos. Por supuesto, incluso en la era del *laissez faire*, sólo los anarquistas pensaban que el estado no debía proporcionar el tipo de servicios de protección que se trata en este caso. Pero nadie pensó que las garantías constitucionales federales o el recurso de agravio federal [*federal tort remedies*] como medios para espolear a los estados a proporcionar los servicios que cualquiera pudiese demandar”²⁸.

6. Conclusión

Cualquier proceso de reforma constitucional, como el que actualmente se está promoviendo en Chile, debe recordar en primer término cuál es la función primordial de una Constitución política: limitar el poder, incluso cuando ese poder cuenta con legitimidad democrática. Sin embargo, considerando la tendencia del constitucionalismo europeo continental y, por extensión, del constitucionalismo chileno, a consagrar en nuestras cartas fundamentales no sólo normas negativas, sino también objetivos constitucionales de fondo, ha de recordarse la necesidad de que,

²⁷ BÖCKENFÖRDE (2000, p. 42)

²⁸ *Jackson v City of Joliet*, (pará. 8). Traducción y cursivas nuestras.

La reforma a la Constitución chilena de 1980 (...)

en el empeño de corregir o reemplazar determinados aspectos del actual régimen constitucional chileno, no se vaya tan lejos como para repetir el mismo error que se critica, consagrando nuevos objetivos sustanciales —por valiosos que éstos puedan ser— que, sin los debidos resguardos, comprometan otra vez la libertad democrática de la sociedad chilena o de nuestros conciudadanos para escoger o alejarse, legítimamente, de determinados objetivos políticos o sociales. Como lo ha demostrado la propia Constitución de 1980, un documento de rango constitucional también puede ser un instrumento de opresión política, lo que obliga, en cualquier maniobra constituyente, a maximizar los resguardos que garanticen los principios básicos del constitucionalismo.

Referencias

- ARISTÓTELES. (2005); *Política*. Introducción, traducción y notas de María Isabel Santa Cruz y María Inés Crespo. *Colección Griegos y Latinos: Vol. 1*. Buenos Aires: Losada.
- BERLIN, I. (1988); *Cuatro Ensayos Sobre La Libertad*. Traducción, introducción y notas de Ángel Rivero. *Alianza Universidad*. Madrid: Alianza Editorial.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W. (2000); *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Prólogo y Traducción de Rafael de Agapito Serrano. *Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho*. Madrid: Editorial Trotta.
- CAZOR ALISTE, K., & FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, M. (2002); Constitución, principio democrático y reformas constitucionales. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XIII (Diciembre), 147–160. Recuperado de: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502002000100010&script=sci_arttext [última comprobación: 01/09/2016].
- GARRETÓN, M. A., & GARRETÓN, R. (2010); La democracia incompleta en Chile: La realidad tras los rankings internacionales. *Revista de Ciencia Política (Santiago)*, 30(1), 115–148. doi:10.4067/S0718-090X2010000100007

- HAMILTON, A., & MADISON, J. (2006); El Federalista, LI. En A. HAMILTON, J. MADISON, & J. JAY (Eds.), *El Federalista* (pp. 219–223). México D.F: Fondo de Cultura Económica (FCE).
- MILL, J. S. (1997); Sobre la libertad. En J. S. MILL & I. BERLIN (Eds.), *Ciencias sociales / Alianza Editorial. Ciencia política: Vol. 3400. Sobre la libertad. Prólogo de Isaiab BERLIN. Traducido por Pablo de Azcárate* (1ª ed., pp. 55–207). Madrid: Alianza.
- OTTO Y PARDO, I. D. (2010); Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes. En I. d. OTTO y PARDO, R. PUNSET, F. J. BASTIDA FREIJEDO, & J. VARELA SUANZES (Eds.), *Ignacio de Otto y Pardo. Obras completas* (pp. 803–1068). Oviedo, Madrid: Universidad de Oviedo; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- PEREIRA MENAUT, A. C. (2006); *Teoría constitucional y otros escritos*. Con la colaboración en la lección IX de José Ignacio Martínez Estay (Vol. 2). Santiago de Chile: LexisNexis.
- PLATÓN. (1988, Reimpresión); *Diálogos* (1ª ed.). *Biblioteca clásica Gredos*. Madrid: Editorial Gredos.
- STITH, R. (2008); Securing the Rule of Law Through Interpretive Pluralism: An Argument From Comparative Law. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 35(3), 401–447. Recuperado de: <http://hastingsconlawquarterly.org/archives/V35/I3/stith.pdf> [última comprobación: 19/07/2016].
- SUNSTEIN, C. R. (2001); *Designing democracy: What constitutions do*. New York: Oxford University Press.
- TOCQUEVILLE, A. D. (1911); *La democracia en América: Tomo I*. Traducción española por Carlos Cerrillo Escobar. *Biblioteca Científico-Filosófica*. Madrid: Daniel Jorro.
- ZÚÑIGA URBINA, F. (2013); Nueva Constitución y Operación Constituyente: Algunas notas acerca de la Reforma Constitucional y de la Asamblea Constituyente. *Estudios*

La reforma a la Constitución chilena de 1980 (...)

Constitucionales, 11(1), 511–540. doi:10.4067/S0718-52002013000100014

ZÚÑIGA URBINA, F. (2014); Nueva Constitución para Chile: Las “bases” y las nuevas ideas político-constitucionales. *Revista de Derecho Público*, (Especial marzo), 25–40. doi:10.5354/0719-5249.2014.31673

Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Séptimo Circuito, *Jackson v City of Joliet*, No. 715 F.2d 1200 (7th Cir 1983).