

PRESENTACIÓN

El libro editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM es una recopilación de trabajos escritos en la última década, la mayoría todavía inéditos, fueron presentados a jornadas, seminarios y congresos realizados en Chile y en países de nuestra América; han conservado su contenido y estilo, dado que lo escrito tiene su edad, su tiempo y es obligado para un autor respetar texto y contexto. Durante el periodo el autor colaboró directamente en la iniciativa y tramitación de la reforma constitucional de 2005 promulgada mediante la Ley núm. 20.050, coordinó el libro *Reforma constitucional* de 2005, además publicó contribuciones en libros colectivos de la especialidad, y también, publicó en diversas revistas científicas indexadas monografías y artículos acerca de los ejes temáticos que se abordan en esta recopilación. Por todo ello, los lectores se encontrarán reiteraciones de ideas y cierta perseverancia, en la crítica del orden constitucional imperante en Chile heredado de la dictadura y en la propuesta de ciertas ideas que deberían estar plasmadas en una nueva Constitución democrática y republicana, reencuentro de la nación con sus tradiciones liberal, democrática y social.

Ahora bien, el término de un ciclo reformista que se inicia en 1989 y se cierra en 2005, importa su agotamiento, llevó al autor el mismo 2005 a plantearse tempranamente la necesidad de superar la lógica reformista propia de la transición chilena, desatando o cortando el nudo gordiano de un mecanismo de reforma constitucional previsto en el capítulo XV de la Constitución, que impone un falso consenso constitucional en la reforma y rigida al máximo la reforma.¹

¹ El autor durante la última década ha publicado libros y monografías sobre los temas concernidos en esta recopilación a saber: coordinó el libro *Reforma constitucional* (prólogo de Ricardo Lagos Escobar e introducción José Luis Cea Egaña), Santiago, Lexis Nexis-Legal Publishing-Thomson Reuter, 2005, y colaboró en los libros colectivos siguientes: “Reforma constitucional. Presente y futuro”, en libro colectivo coordinado por Humberto Nogueira Alcalá bajo el título *La Constitución reformada de 2005*, Santiago, Librotecnia, 2005; “Reforma constitucional del Estado de derecho al Estado social y democrático de derecho”, *Los desafíos del progresismo: Hacia un nuevo ciclo de la política chilena*, Santiago, Catalonia, 2005; “Reforma constitucional. Presente y futuro”, *Chile 21 Reflexiona el Chile del siglo XXI*, Santiago, 2005; “Reforma constitucional: democracia y Estado de derecho”, *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso*

En 2011 el movimiento social, en especial el movimiento estudiantil, abre un proceso constituyente y el momento constitucional que Chile vive hoy. En este momento surge el planteamiento de una nueva Constitución, también denominada en el lenguaje político “Constitución del bicentenario”, y los caminos de una operación constituyente: la reforma total o el recurso al poder constituyente originario del pueblo. Esta es la puesta en escena de los trabajos que se publican en esta recopilación. Lo anterior explica que los trabajos conserven singulamente una unidad de desarrollo, que no resta a la unidad de ejes temáticos de la recopilación, a saber: la reforma constitucional y el poder constituyente; siendo probablemente un reproche bien ganado del autor la repetición de ideas. El libro contiene además un Anexo Documental que reúne los trabajos programáticos preparatorios del proyecto de una nueva Constitución para Chile, trabajos por comisiones de juristas expertos de los partidos socialista, por la democracia, independientes, democracia cristiana y comunista, que propone desde una coalición de partidos de centro-izquierda conocida como Nueva Mayoría, y que tiene como abanderada después del proceso de primarias a la expresidenta del país doctora Michelle Bachelet Jeria. Se consignan los nombres de los colegas que laboraron en la factura de cada documento, al indicar al pie de cada documento del Anexo, a fin de reconocer el aporte de estos juristas expertos o políticos. Este Anexo Documental es preparado por el joven docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y colaborador infatigable William García Machmar.

Sin embargo, lo dicho vale como explicación formal. El libro tiene una pequeña historia: nace de una fraternal conversación sostenida con el doctor Diego Valadés en su despacho a fines de julio de 2013, con motivo de mi participación como docente en cursos de posgrado en derecho en la UNAM, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, en que con la inquietud

Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, 2006; “Nueva Constitución del bicentenario y operación constituyente”, en Fuentes, Claudio (coord.), *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Heinrich Böll Stiftung-ICSO UDP, 2010, y “Nueva Constitución y Asamblea Constituyente”, *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro Homenaje a Antonio Torres del Moral*, Madrid, Universitas, 2012, 3 vols., t. I.

También publicó monografías en revistas científicas, a saber: “Vieja-nueva Constitución” *Estudios Constitucionales*, núm. 1, año 5, 2007; “Nueva Constitución y operación constituyente. Algunas notas acerca de la reforma constitucional y de la Asamblea Constituyente”, *Estudios Constitucionales*, núm. 1, año 11, 2013; “Constitución del bicentenario: reforma constitucional y operación constituyente”, *Revista de Derecho Político*, núm. 66, 2006; “Nueva Constitución y constitucionalismo en Chile”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 18, 2012.

tud científica que le caracteriza y la preocupación comparatista por lo que ocurre en nuestra América, me interroga acerca del momento constitucional que vive Chile. De tal diálogo, surge la necesidad que se edite un libro de divulgación de la realidad de esta parte del sur del continente. Así, no le quedó al autor otra opción que asumir en breve tiempo el cometido, que se traduce en el libro que el lector mexicano y americano tiene en sus manos.

Pero, además, el libro entra de lleno, como otras obras en preparación en el medio nacional, al momento constitucional. El planteamiento en torno a una nueva Constitución tiene dos ideas matrices subyacentes, primero superar la deficitaria legitimidad de la Constitución vigente y segundo alumbrar un nuevo orden constitucional que fije las bases de un régimen político eficiente, un activo país. El déficit de legitimidad, por una parte es de “origen” en la medida que la Constitución de 1980 es otorgada por una dictadura y posee un componente ideológico autoritario en lo político y neoliberal en lo económico, fruto de una verdadera dictadura “cívico-militar” de clase, que el 11 de septiembre de 1973 se impone “revolucionariamente”, y de la mano se instaura un nuevo modelo de economía capitalista a través de un conjunto de “modernizaciones” que reducen el ámbito de la política, lo público y del Estado mismo. Luego, la legitimidad de “ejercicio” ganada por la Constitución de 1980 merced las 32 reformas constitucionales introducidas a su texto desde 1989 a la fecha es muy parcial, dado que el diseño de máquina: una Constitución hiper-rígida, impone un falso constitucional al ciclo reformista: la medida de la reforma a la carta depende de la voluntad de una minoría cualificada que puede oponer siempre un bloqueo al cambio constitucional, bloqueo favorecido por el tipo de representación que genera en las cámaras del Congreso Nacional una fórmula electoral binominal que tiende a sobrerepresentar a las minorías. La única manera de viabilizar el alumbramiento de una nueva Constitución mediante el procedimiento de reforma total previsto en el capítulo XV, superando el déficit de legitimidad abriéndose a un auténtico consenso constitucional, es concebir y escribir dicha “reforma en un papel en blanco”, es decir, sin bloqueos o “trampas” que impidan enmendar ciertos contenidos normativos iusfundamentales “esenciales” o intocables, y por ende, que quienes están en situación de poder bloquear no lo hagan efectivo.

El diseño de la “máquina” del poder estatal (con bloqueos o “trampas”) proviene de un jurista oficial del régimen autoritario, el extinto Jaime Guzmán Errázuriz, que sirvió en las cercanías del poder autocrático de Pinochet y su Junta de Gobierno, sosteniendo que la Constitución debía sustraer al pueblo o masa del ejercicio del poder político estatal, para ello en las elecciones no se debe jugar nada esencial, lo esencial no es quién gobierne, sino

más bien “cuánto poder tenga el que acceda a la conducción del Estado”. En palabras de Guzmán:

... en vez de gobernar para hacer, en mayor o menor medida, lo que los adversarios quieren, resulta preferible contribuir a crear una realidad que reclame; de todo el que gobierne una sujeción a las exigencias propias de ésta. Es decir, que si llegan a gobernar los adversarios, se vean constreñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhelaría, porque —valga la metáfora— el margen de alternativas que la cancha imponga de hecho a quienes juegan en ella, sea lo suficientemente reducido para hacer extremadamente difícil lo contrario.²

En este diseño de la máquina, no es muy relevante quién gobierne ni las elecciones políticas y administrativas, porque siempre habrá un conjunto de reglas e instituciones contramayoritarias que le confieren el mando y control o simplemente el bloqueo de la sala de máquinas del Estado a otros, y ello ocurre con el poder de bloqueo de las minorías en la reforma de la Constitución, con el peso de las minorías en la legislación de quórum especial o de “super-mayorías”, con derechos fundamentales de orden civil y contenido patrimonial asegurados superlativamente, y autonomías constitucionales como el Banco Central y el Tribunal Constitucional erigidos en custodios del orden constitucional.

Luego, todo el ciclo reformista que se inicia en 1989 está agotado, porque los acuerdos de la transición han concluido con el término de la transición misma, y en ese sentido la reforma constitucional de 2005 es valiosa; pero en la actualidad se inicia un nuevo ciclo, que debe hacerse cargo del principio democrático como basal del Estado, y basal a un auténtico consenso constitucional, con una “cancha” de diálogo y acuerdo pareja, sin bloqueos, abierta a la deliberación, consenso y disenso, y a una definición perdurable en el tiempo de un nuevo orden constitucional, de una nueva Constitución. A tal propósito la operación constituyente está abierta a la reforma total de la Constitución conforme a las reglas del capítulo XV o bien el recurso al poder constituyente originario del pueblo expresado en técnicas o mecanismos como el congreso constituyente, la asamblea constituyente y/o el referéndum constituyente. La política democrática del momento constitucional definirá en el porvenir cercano cuál será el camino que siga la operación constituyente (reforma total o poder constituyente originario democrático).

² “El camino político”, *Revista Realidad*, año 1, núm. 7, diciembre de 1979, pp. 13-23.

La nueva Constitución, abierta a las tradiciones culturales e ideológicas del constitucionalismo moderno: liberal, democrático y social y a nuestra tradición republicana, será un orden constitucional abierto en su horizonte ideológico, fuente de un verdadero “patriotismo constitucional” (Habermas). La nueva Constitución contendrá en su parte dogmática definiciones políticas fundamentales (Böckenförde) que descansen en el principio democrático (Estado social y democrático de derecho, república democrática, Estado regional, laicidad del Estado, integracionismo latinoamericano, pluralismo y reconocimiento de nuestros pueblos indígenas, apertura a la cultura de los derechos humanos, entre otras), y en una moderna carta de derechos civiles, derechos políticos y derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, y su parte orgánica contendrá un nuevo arreglo político institucional de equilibrio gobierno-Congreso Nacional, de equilibrio entre instituciones de control del poder y de nueva distribución territorial del poder político.

En suma, un nuevo “estatuto del poder” (Burdeau) estable, duradero en el tiempo, activo institucional del país, fruto de un auténtico pacto político institucional y de un procedimiento o técnica democrática de génesis de la Constitución; tal cual lo postuló en su acta de fundación el Grupo de Estudios Constitucionales en plena dictadura: “Sólo una Constitución Política generada democráticamente y que exprese el mayor grado de acuerdo posible de alcanzar... podrá proporcionar al país un régimen estable de convivencia pacífica que garantice a Chile y a su pueblo el orden y la libertad, la seguridad, el desarrollo y la justicia” (21 de julio de 1978).

Finalmente, en cuanto al plan de la recopilación es menester destacar sus ejes temáticos: reforma constitucional y poder constituyente originario del pueblo. En primer lugar, la primera parte titulada “Reformas a la Constitución”, la reforma constitucional se aborda a través de las sucesivas enmiendas al capítulo XV, ninguna de ellas enderezada a desrigidizar la Constitución o reemplazar el dispositivo de bloqueo con quórum reforzados ordinario y extraordinario, sino a simplificar el ejercicio del poder constituyente derivado; segundo, se aborda la debatida cuestión acerca de la inexistencia de límites materiales o extrapositivos al poder constituyente derivado, y la diferenciación de reformas de primera y segunda generación, centrada en los clivajes o líneas de conflicto dictadura-democracia, democracia transicional o limitada y democracia plena. En relación con esta diferenciación, los trabajos sobre derechos fundamentales en la Constitución y sobre referéndum son demostrativos de los déficits ideológico-normativos iusfundamentales, desnudando una Constitución otorgada, autoritaria y neoliberal. En segundo lugar, la segunda parte titulada “Poder Constituyen-

te Originario”, aborda las cuestiones relativas a la legitimidad de la Constitución, el discurso político constitucional democrático y social propio del bicentenario y la operación constituyente instalada en un proceso político caracterizado como momento constitucional (Ackerman, Ferreyra) y que se abre a la reforma constitucional o al recurso al poder constituyente originario democrático, explicando que en un proceso de cambio o transición la facticidad tiene su hora y que la legalidad-legitimidad constitucional es construida *in fieri*.

La recopilación es finalmente tributaria de cierto clasicismo, no puramente de estilo o reflejo de cierta filia o manía, sino de un clasicismo de formación de pregrado y posgrado del autor, y en tal medida nuestra deuda teórico-metodológica es con el positivismo normativista crítico o democrático, conciliable con un constitucionalismo débil o popular de raíces republicanas y con un horizonte ideológico constitucional abierto, en especial a la democracia y al socialismo. A este respecto, recuerdo una lección de García Pelayo, en línea con una lección de Bobbio, acerca de la formación del jurista no prisionero del “cielo de los conceptos” o de la metafísica neoisnaturalista o neoconstitucionalista: leer, conocer y releer a los clásicos; allí están las preguntas y algunas respuestas. Precisamente en los trabajos reunidos nos hemos formulado tres serie de preguntas, a saber: qué es una Constitución y para qué sirve una Constitución, explorando en enfoques estructuralistas y funcionalistas; qué derechos tenemos y qué derechos queremos, diferenciando la carta de derechos de la Constitución de “1980/2005” anclada en derechos civiles y una carta de derechos que incorpora derechos políticos y sociales, y qué hacer con la Constitución y cómo reformar la Constitución, constantando el fin de un ciclo político reformista y la apertura de un proceso constituyente en medio de un momento constitucional. En el trabajo nos hemos atrevido a dar algunas respuestas desde las matrices culturales e ideológicas del constitucionalismo democrático y social, y de un constitucionalismo débil o popular.

Una última nota no puede sino concernir a la vida académica en el Departamento de Derecho Público, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, que nos permite como *alma mater* de educación superior pública, laica y de excelencia interactuar dialécticamente en la diversidad con colegas de la disciplina de todas las jerarquías, y en especial con el discipulado constituido por los ayudantes y docentes jóvenes, quienes han crecido como personas en tiempos de la “normalidad institucional” de la transición en Chile (no en “tiempos de silencio” como mi generación), pero están particularmente abiertos a una nueva teoría y práctica constitucional, y a una mirada desde el constitucionalismo latinoamericano, que son nuestras coordenadas geográficas, histórico-políticas y culturales.

PRESENTACIÓN

7

Solo resta para concluir, dar sumaria razón, porque si de razones se trata estas son numerosísimas, de dedicarle este libro al jurista y amigo Jorge Carpizo, tempranamente desaparecido y con el cual el constitucionalismo latinoamericano, y con ello toda una generación de constitucionalistas, tiene una deuda de gratitud.