

das y ya conocemos proposiciones concretas, incluso anteculadas, provenientes de sectores cercanos a nuevo gobierno, sin perjuicio de las que ha elaborado la que será su oposición democrática. Y lo que es muy relevante: esas proposiciones tangibles se concentran, en general, en los mismos rubros, revelando así una convergencia que, si hasta hoy es tácita, ojalá se convierta pronto en acuerdo explícito al respecto.

Con empeño por discernir lo que es sensato, confieso que deben contemplarse nada más que reformas moderadas y excluirse los meros ensayos de trasplante institucional tanto como los posturas extremas, unas porque propugnan el reemplazo completo de la Constitución o injertos librescos y otras a raíz de abogar por su preservación intocada, como algo inmutable y de divina perfección. Ambas posiciones extremas son maximalistas, polarizantes, inducentes al conflicto y, en definitiva, contrarias a la restauración democrática, al imperio del Derecho y a la estabilidad que anhelamos para nuestro sistema institucional.

nota: dossier con tres art

IMPORTANCIA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL PARA EL REGIMEN DEMOCRATICO

MARIO VERDUGO MARINKOVIC *

1. ANTECEDENTES.

La falta de perspectiva en el tiempo ha impedido, talvez, que la comunidad nacional —incluyendo el ámbito académico— se haya percatado de la trascendencia de la reforma aprobada en el plebiscito de 30 de julio de 1989.

Es más, con extrema liviandad se ha repetido que la reforma representa "el desmantelamiento de la Constitución de 1980". Del otro sector —con igual carga emocional— se sostiene que la enmienda sólo implica "un simple maquillaje" al Código Fundamental.

Por el contrario, estimamos que la reforma en comentario representa un aporte de extrema importancia para la etapa de transición a la democracia y muy particularmente para la consolidación de dicho régimen.

Para justificar nuestro aserto no estimamos necesario detenernos en el análisis de los 54 artículos que contiene la Ley de Reforma; basta con destacar la adecuada comprensión, de los que realmente constituyen un aporte substancial al régimen jurídico-político del futuro.

2. GENESIS DEL PROYECTO DE REFORMA.

Antes de entrar a considerar el contenido de la enmienda, nos parece imprescindible detenernos muy brevemente en la etapa de gestación de la misma, ya que ella de por sí implica un hecho de gran significación para la futura convivencia de los chilenos.

* Profesor de Derecho Político y Constitucional de las Universidades Gabriela Mistral y Diego Portales.

En efecto, por primera vez, después de casi dieciséis años, gobierno y disidencia admiten dialogar, demostrando con ello que la relación política que hasta ese momento se encuadraba dentro del esquema "amigo-enemigo", propende a transformarse en la que corresponde a una forma de vida democrática: gobierno-oposición.

La reforma —y así es menester comprenderla— fue el resultado de una transacción, de un compromiso. Como en todo compromiso, ambos sectores debieron ceder a parte de sus expectativas. El proyecto definitivo fue, efectivamente, el resultado de largas y tensas negociaciones. Afortunadamente se terminó por imponer la madurez y el buen criterio de las partes involucradas.

3. EL ROL HEGEMONICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDEN POLITICO-INSTITUCIONAL.

A nuestro juicio, la oración agregada al inciso segundo del artículo 5º de la Constitución, merece ser considerada en primer lugar en todo estudio acerca de la reforma que comentamos, no sólo por razones de orden numérico, sino que por el enorme alcance de su contenido:

a) Desde luego, compromete a *todos los órganos* del Estado a *respetar y promover* los derechos fundamentales, tanto los garantizados en la Constitución, como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Subrayamos, *son todos* los órganos del Estado, por cuanto tradicionalmente se ha considerado en nuestro país, que la función conservadora corresponde por esencia a los tribunales de justicia y sólo implícitamente podría extenderse esta facultad a otros entes estatales.

La disposición que comentamos al prescribir que es "deber de los órganos del Estado", como ya lo decíamos, disipa toda duda acerca de los obligados a cumplir con dicha tutela.

b) Pero hay más, el precepto no sólo se limita a imponer a todos los órganos del Estado el *respeto* a los derechos fundamentales, sino que igualmente, puntualiza que esos mismos entes deben *promover* tales derechos.

La distinción que ha hecho el Constituyente nos parece totalmente pertinente: a los derechos de corte tradicional —individual se los debe *proteger*, a los de contenido "económico social" debe *promovérselos*— lo que naturalmente conlleva a una actividad del órgano.

Está dicho que tanto el respeto como la promoción se encuentran establecidos como *deberes* de los órganos, de suerte que la inobservancia de tales mandatos puede traer aparejado para los titulares de los órganos, responsabilidades que incluso pueden derivar en acusaciones constitucionales, si se dan los presupuestos del artículo 48 N° 2 de la Constitución.

También la nueva preceptiva orienta la actividad legislativa: toda norma que no respete u obstaculice la concreción de los derechos fundamentales puede ser declarada inconstitucional, sea por el Tribunal Constitucional en su control preventivo o por la Corte Suprema en un control a posterior;

c) Por otra parte, el reconocimiento de rango constitucional que se da a los tratados internacionales referidos a derechos fundamentales, obliga a hacer las necesarias adecuaciones en el derecho interno; algunos, incluso, en la normativa del Código fundamental.

Intertanto se llevan a cabo estas reformas, ¿cómo se resuelven los conflictos que se originan entre las posibles contradicciones existentes entre el derecho interno y el de los tratados? Nos parece que hay que distinguir si el conflicto se origina con una ley o con un precepto constitucional.

En el primer caso creemos que por razones de orden jerárquico normativo prevalece el tratado.

La segunda situación resulta más conflictiva y si bien desde el punto de vista del Derecho Internacional se estima que el tratado tiene un carácter supra-constitucional, sabemos que la Corte Suprema e incluso el Tribunal Constitucional dan primacía a la Constitución.

En consecuencia, la adecuación vía reforma, parece ser la fórmula más práctica e idónea.

d) Por último, el contenido del nuevo precepto tiene una

singular significación en cuanto enmarca la problemática de la lucha futura.

En efecto, sentado que el ejercicio de la soberanía nacional tiene como límite el respeto de los derechos fundamentales en la persona y que los órganos del Estado no sólo deben respetar esos derechos sino que promoverlos, queda determinado, por vía consecuencial, que todo proyecto concreto de vida común que presenten los partidos políticos que aspiren la conquista del poder estatal, deben necesariamente proyectarse a esos fines.

Por consiguiente, la faz agonal de la política ya no implica pugna por fines y medios a alcanzar. Ella queda restringida a la opción de los medios, e incluso, el hacer esta elección, se deberá tener presente que el proyecto no puede lesionar los derechos en su esencia.

Podríamos decir con propiedad: la lucha política del futuro se traduce en ofrecer caminos más viables para el respeto de los derechos individuales y para la concreción de los derechos del contenido económico-social.

4. PLURALISMO RESTRINGIDO.

a) El artículo 8º era sin duda una de las disposiciones más criticadas de la Constitución de 1980.

Aun aquellos partidarios de incorporar al texto constitucional un mecanismo jurídico de defensa del régimen democrático y del Estado de derecho, reconocían que la redacción del precepto era poco afortunada y daba pábulo por considerar que se sancionaba en él a los llamados "delitos de opinión".

Los fallos dictados por el Tribunal Constitucional con motivo de los requerimientos efectuados contra el Movimiento Democrático Popular y contra el ex Ministro Clodomiro Almeyda, dejaron de manifiesto, a través de la votación dividida de los Ministros, la indigencia conceptual y jurídica de la disposición⁽¹⁾.

1. Sobre el particular, ver nuestra ponencia para las XIX Jornadas de Derecho Público, en Revista Chilena de Derecho. Vol 16 N° 2, p. 391.

La derogación del precepto representa por consiguiente otro valioso aporte de la reforma que comentamos: desaparece una norma que, por los efectos que originaba, pudo traer aparejada serias dificultades en el futuro democrático.

En efecto, al marginarse de la vida política institucional a un sector de nacionales, se les estimulaba a la acción extrasistema, lo que por razones casi naturales, conduce al uso de la violencia física y a las conductas terroristas.

Derogada la disposición precitada, ninguna persona podrá en el futuro justificar el uso de la violencia con la excusa de que le está vedada la acción política, dentro del ordenamiento constitucional o legal.

b) Cierto es que en el inciso 6º N° 15 del artículo 19 de la Constitución, se incorporó una norma que también se podría estimar limitativa de la acción política, pero obviamente ella tiene otro contenido que la derogada y debe además interpretarse dentro de otro contexto: "el del pluralismo político".

El articulado primitivo del Código fundamental no contenía ninguna disposición que garantizara este principio connatural al régimen democrático.

El pluralismo político abre en esta forma la faz agonal a todas las corrientes, movimientos y partidos, sin límites de carácter ideológico.

Las limitaciones al pluralismo que se consultan en el nuevo precepto apuntan a objetivos (concretos), actos o conductas y no a ideas. El delito de opinión ha desaparecido del ordenamiento superior.

Han desaparecido, igualmente, las referencias que el derogado artículo 8º, hacía a la familia, como valor susceptible de lesión y la lucha de clases, como configurativo del ilícito.

No atribuimos a los mecanismos jurídicos una gran eficacia para la defensa del régimen democrático, pero estimamos que la nueva preceptiva en ningún caso puede representar un obstáculo para su desarrollo —como ocurría con el artículo 8º—.

5. SISTEMA DE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN.

Es probable que hayamos sido los primeros en destacar en un breve artículo las graves deficiencias que se observaban en el sistema de reforma contemplado en la Constitución de 1980⁽²⁾.

Justamente, en noviembre de 1988, en una mesa redonda celebrada en la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, con la participación de docentes de todas las Facultades y Escuelas de Derecho de Santiago, se tomó como referencia el citado artículo y hubo coincidencia entre los panelistas, en que la rigidez excesiva del sistema de reforma, representaría para el futuro institucional un grave obstáculo. Las constituciones necesitan adaptarse a los cambios que ocurren en el seno de la sociedad; de otra suerte se tornan inoperantes y son por lo mismo infringidas. La estabilidad constitucional no es sinónimo de inmutabilidad constitucional.

Dentro de este orden de ideas hubo igualmente unanimidad, en señalar que la reforma al Código fundamental debería efectuarse antes del 11 de marzo de 1990, a fin de hacer aplicable el procedimiento establecido en las disposiciones transitorias⁽³⁾.

Afortunadamente, fue este el camino seguido; en otra forma la enmienda que comentamos se habría hecho ilusoria.

En lo que atañe al mecanismo definitivamente aprobado en la reforma, debemos puntualizar que en ello operó una verdadera transacción: mientras el Gobierno postulaba la mantención de un mecanismo rígido —apenas temperado en relación con el primitivo— los partidos por la Concertación Democrática, propiciaban un sistema semiflexible.

Finalmente se mantuvo un sistema rígido, pero algo se moderó el contemplado originariamente. Desde luego quedó deroga-

2. Ver Revista "Temas", N° 3, Universidad Gabriela Mistral, 1987, pp. 69 y ss.

3. Una síntesis de esta mesa redonda fue publicada en Revista del Club de Abogados, N° 26, correspondiente al mes de diciembre de 1988.

do el artículo 118 que conducía, en el hecho, a dejar como pétreas determinadas materias de la Constitución.

6. OTRAS DISPOSICIONES MODIFICADAS.

Estimamos que las enmiendas hasta el momento desarrolladas representan la mayor contribución de la reforma en comentario, al futuro democrático de Chile. Existen otras cuya importancia no debe infravalorarse y que pasamos a mencionar en forma sumaria:

a) *La derogación del N° 5 del artículo 32.*

La facultad que esta disposición otorgaba al Presidente de la República para disolver por una sola vez durante su mandato la Cámara de Diputados, no se compadece con el tipo de gobierno presidencialista que se establece en la misma y sólo contribuía a exagerar las atribuciones del Presidente de la República.

b) *Modificaciones a los artículos 39 y 41.*

Estas modificaciones que en síntesis disminuyen las atribuciones del Presidente de la República durante los Estados de Excepción Constitucional, deben ser considerados correlativos a la mayor jerarquía que adquieren los derechos fundamentales por la enmienda del artículo 5º ya comentada.

c) *Modificación al artículo 45.*

El aumento del número de senadores elegidos por la ciudadanía tiene singular importancia por cuanto hace menos gravitante la presencia de los senadores designados.

Por otra parte la supresión de la oración: "Las vacantes se proveerán en el mismo plazo, contado desde que se produjeren", implica que esta institución, sin raigambre democrática, deberá desaparecer en el futuro.

d) *Modificaciones a los artículos 95 y 96.*

Ambas enmiendas tienen incidencia en el Consejo de Seguridad Nacional y aparecen plenamente justificadas.

En efecto, la inclusión del Contralor General de la Repúbli-

ca como miembro de este órgano, permite una paridad cuantitativa entre los representantes de la civilidad y de los institutos castrenses.

Ello adquiere mayor interés si se tiene presente el siguiente agregado al inciso 3º del artículo 95: "Los acuerdos se adoptarán por la mayoría absoluta de los miembros en ejercicio con derecho a voto".

No menos importante resulta en el artículo 96 el reemplazo de la voz *opinión* por *representar*. Sabemos que esta última expresión tiene dentro de la terminología del Derecho Público, la connotación de *rechazar*.

Merece además destacarse, que se ha circunscrito la facultad de dar opinión por parte del Consejo de Defensa Nacional, sólo al Presidente de la República, Congreso Nacional y Tribunal Constitucional. Antes la posibilidad de representar quedaba abierta, incluso en relación con el órgano jurisdiccional.

7. A MANERA DE CONCLUSION.

La breve reseña precedente nos permite ratificar nuestro aserto inicial: la reforma habrá de contribuir positivamente al tránsito y consolidación de la democracia en Chile. Todas las enmiendas son idóneas a tal fin y deben ser correcta y prudentemente utilizadas por los sectores políticos.

Finalmente, habría que hacer referencia a otra contribución que la reforma ha hecho al proceso de reencuentro con la democracia.

Nos referimos al grado de adhesión que la comunidad debe prestar a su Código fundamental.

Por razones sobradamente conocidas, la Constitución de 1980 tiene para un sector importante de la ciudadanía, un origen espurio. La designación de la Comisión de Estudio, el acto plebiscitario de septiembre de 1980, son severamente criticados, con apoyo doctrinario no subestimable.

Ahora bien, el hecho de que la reforma se haya ratificado con la participación mayoritaria de toda la ciudadanía, no implica de plano dar por superadas las reservas anotadas, pero sí representa la voluntad de todos los chilenos de reconocer un ordenamiento fundamental para normar las relaciones del poder político.

A no dudarlo, este es otro de los valiosos aportes que la reforma hace al futuro democrático de nuestro país.