

Análisis y prevenciones en torno a las reformas de la Constitución en Chile*

J. Ignacio Núñez Leiva**

Resumen

El presente artículo analiza el actual momento constitucional chileno. A partir de un aparente malestar constitucional imperante, intenta precisar la relevancia que hoy en día tiene la Constitución y algunos conflictos que surgen con el constitucionalismo. Sugiere pautas para moderar los efectos de tales conflictos. Si bien analiza la situación chilena, contiene razonamientos e ideas de alcance universal.

Palabras claves

Constitucionalismo contemporáneo, objeción democrática, precompromiso, reforma constitucional.

Abstract

This article studies the current stage of constitutional law in Chile. Starting with an apparent constitutional malaise, this paper attempts to define the importance of the Constitution today, as well as some conflicts that arise with constitutionalism. The author proposes criteria that would temper the effects of such conflicts. Even though the author focuses on the situation in Chile, the article contains ideas and a reasoning of universal scope.

Keywords

Contemporary constitutionalism, democratic objection, precompromise, constitutional amendment.

* Ponencia presentada en el seminario “Cambiando la Constitución”, organizado por el Departamento de Derecho Público de la Universidad Jesuita Alberto Hurtado de Chile y realizado el día 8 de septiembre de 2009.

** Abogado. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Metodología de Investigación, Universidad Alberto Hurtado y en Derechos Humanos, Universidad Católica de Uruguay. Especialista en Constitucionalismo y Garantismo, Universidad de Castilla La Mancha, España. Magíster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctorando en Derecho, Universidad de Castilla La Mancha. Secretario de Estudios y docente en la Carrera de Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad San Sebastián, Chile. Imparte clases, además, en las Facultades de Derecho de las Universidades Alberto Hurtado y Andrés Bello. Correo electrónico: jinunez@uc.cl.

1. Pórtico

La Constitución vigente ha sido una de las más reformadas durante la historia republicana de Chile. En efecto, al año 2009, se ha modificado en veinticuatro oportunidades¹. Cada una de sus reformas ha tenido una profundidad, extensión e importancia diversas. Y tan profundo ha sido el impacto de este proceso de permanente cambio que incluso, a partir de la contundente reforma practicada en el año 2005, algunos han señalado que estaríamos ante una nueva Constitución. Más allá de la calificación de la función constituyente ejercida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Carta promulgada en 1980, la tendencia a un constante cambio revela un evidente malestar constitucional. Lo anterior se hace patente al apreciar que es casi un lugar común en el discurso político contemporáneo la propuesta de enmiendas a la constitución vigente. En efecto, cercanos a la elección de un nuevo presidente de la República, que gobernará en el periodo 2010-2014, cuatro de los cinco postulantes que inscribieron sus candidaturas reservan un lugar privilegiado dentro de sus proyectos a una futura reforma constitucional, y dos de ellos han propuesto convocar a una asamblea constituyente que ejerza dicha función en su variante originaria.

Es el contexto descrito lo que nos motiva a hacer una reflexión acerca del ámbito y contexto de una posible nueva constitución o de reformas a la vigente. El análisis que efectuamos a continuación, si bien se vincula directamente a algunas características propias del actual momento constitucional chileno —específicamente al denominado “pecado de origen” de la carta vigente, otorgada por la dictadura del general Pinochet y a las Leyes Orgánicas Constitucionales, instituto normativo introducido en el sistema chileno de fuentes formales por la actual Constitución—, contiene también razonamientos más universales y pautas que, a nuestro juicio, debieran orientar cualquier momento constituyente.

2. Antecedentes

Una reflexión en torno al ejercicio de la función constituyente requiere un pleno conocimiento de su producto. La pregunta “¿qué es una Constitución?” no ha resultado inoficiosa durante la historia, ni mucho menos lo es hoy. Sobre todo cuando fácil es constatar que, incluso quienes recientemente han debido ejercer la función constituyente derivada, parecen no tener plena conciencia de sus alcances. Esta reflexión es oportuna y necesaria, además, porque los últimos años han sido testigos de profundas transformaciones en el sistema de

¹ Dato válido al 7 de octubre de 2009.

fuentes del derecho (Henríquez, 2009). Alteraciones que han impactado en la teoría del Estado y en la teoría de la democracia. Y todas ellas han estado relacionadas con la Constitución y la manera de entenderla. Ello incide además en las posibilidades efectivas de generar un *patriotismo constitucional*, entendido como el afecto del pueblo hacia la República y sus instituciones.

Por ello, este artículo, que lleva por título “Análisis y prevenciones en torno a las reformas de la Constitución en Chile”, seguirá el itinerario que indicamos a continuación: en primer lugar, plantaremos algunas coordenadas que sirven para entender los actuales perfiles del concepto *Constitución*; para ello nos valdremos de aquello que sido denominado neoconstitucionalismo teórico. Luego analizaremos algunas tensiones que surgen como corolario del actual paradigma constitucional. Finalizaremos aportando algunas breves ideas que servirían para disminuir dichas tensiones y que debieran ser tenidas en cuenta al momento de cambiar la Constitución.

3. ¿Qué es una Constitución?

Comprender el actual significado y valor de la Carta Fundamental pasa por observar atentamente la constitucionalización, es decir aquel proceso causado por una revitalizada Constitución que ha ocasionado una modificación de los sistemas jurídicos respecto de lo existente antes del despliegue del proceso mismo (Comanducci, 2002: 97) y que deviene en el Estado Constitucional de Derecho.

El cambio mencionado se produce a partir de la introducción de conceptos como el valor normativo de la Constitución y la vinculación de la jurisdicción a los derechos fundamentales (Julio, 2007: 148). Ello es el corolario de la fusión de dos tradiciones: la de las constituciones materiales —aquellas que presentan un denso contenido sustantivo integrado por normas de diferente valoración (valores, principios, derechos, directrices)— y las constituciones garantizadas, caracterizadas por el hecho de que su protección o efectividad se encomienda a jueces.

Así, la Constitución se convierte en límite y norma directiva fundamental. Frente al rousseauiano poder constituyente que nunca termina de constituirse —preeminente en el Estado Legislativo de Derecho— y que desembocaba en la superioridad del parlamento y de su ley, hoy el poder constituyente toma cuerpo en un texto jurídico supremo, válido, vigente y garantizado (Prieto, 2007: 214).

El resultado de esta combinación, señala con contundencia Ferrajoli, es un nuevo modelo de derecho y democracia: el Estado Constitucional de Derecho, que es fruto de un verdadero cambio de paradigma respecto al modelo paleopositivista del Estado Legislativo de Derecho (Ferrajoli, 2007: 71). En esta nueva configuración, siguiendo una conocida distinción de Ricardo Guastini, la Constitución es fuente del derecho en un triple sentido: primero, por contener normas; segundo, por disponer parámetros sustantivos y procedimentales para abrogar o invalidar normas inferiores; y, tercero —siendo quizás esto lo más destacable—, por entenderse que las normas constitucionales son idóneas para disciplinar directamente no sólo la organización estatal y las relaciones entre el Estado y las personas, sino también las relaciones que ocurran entre las personas, por lo cual las normas son susceptibles de ser aplicadas por cualquier juez y no solo por el juez constitucional (Guastini, 2007: 22).

El valor normativo de la Constitución, por su parte, produce una serie de consecuencias relevantes; entre ellas, Robert Alexy destaca la sustitución de las reglas por los principios como elementos protagónicos del derecho, un protagonismo de la técnica de la ponderación en desmedro de la subsunción para la aplicación de las normas, la omnipresencia de la Constitución en lugar de la independencia del derecho infraconstitucional y el fortalecimiento del poder de la judicatura en perjuicio de las facultades del legislador (Alexy, 1994: 160).

Claramente, todo lo anterior altera el paradigma decimonónico del Estado de Derecho y afecta las bases del sistema de fuentes elaborado a su amparo, las de su teoría constitucional y su concepto de democracia.

Con respecto al sistema de fuentes, la Constitución irrumpe como fuente del derecho en el sentido pleno de la expresión, es decir, como origen inmediato de derechos y obligaciones, y no sólo como fuente de las fuentes (Prieto, 1997: 17). Ello altera la relación Constitución-ley. De una dinámica en la cual los derechos y obligaciones contenidos en la Constitución adquirían fuerza en tanto eran desarrollados por la ley, se pasa a una relación de subordinación en donde —en palabras de Susanna Pozzolo— la ley opera como un mero factor de mediación entre las exigencias constitucionales y las exigencias prácticas (Pozzolo, 1998: 341). Lo cual, de paso, nos obliga además a repensar el principio dinámico con el que por tanto tiempo se caracterizó el sistema jurídico, pues la innovación por parte de normas subconstitucionales —de acuerdo a esta nueva lógica— es válida en tanto su contenido sea deudor de los principios y valores contenidos en la Constitución, rasgo propio de los sistemas estáticos (García, 1998: 62).

Lo anterior implica que la absoluta separación entre moral y derecho se torna cada vez menos clara. En efecto, la presencia a nivel constitucional de contenidos normativos por la vía de cláusulas abiertas o normas de principio inserta en el sistema contenidos propios de la moral (crítica o social). Para ser aplicadas en casos concretos, dichas disposiciones requieren ser interpretadas por jueces, los cuales ya no emplean contenidos extrajurídicos contra el derecho vigente, sino que el mismo derecho convoca tales elementos mediante las cláusulas abiertas o de principio.

En lo relativo a la teoría constitucional, las relaciones recíprocas entre las funciones del Estado se alteran sustantivamente. El esquema decimonónico, en el cual el legislador se encuentra investido con la capacidad de representar a la soberanía y por tanto invocar su inviolabilidad, resulta alterado por la aparición de una jurisdicción, ya sea ordinaria o específicamente constitucional, capaz de oponerse al contenido sustancial de sus decisiones, encargada de un continuo adecuamiento de la legislación a la Constitución y que se erige como el principal agente racionalizador del sistema jurídico (Pozzolo, 1998: 342). Una función muy difícil de encuadrar en la formulación tripartita de la separación de poderes, e incluso en ciertos casos contramayoritaria.

Ya no podemos hablar en este contexto de un legislador o de colegisladores (Congreso y presidente de la República), sino de un complejo sistema de producción de normas legales integrado, en primer lugar, por agentes que elaboran normas con validez presunta o transitoria —los clásicos colegisladores—, pero ahora acompañados por un ente que invalida (sentencias estimativas de inconstitucionalidad), interpreta (sentencias interpretativas), reinterpreta (sentencias interpretativas que modifican el precedente) e incluso en algunos casos completa las normas (sentencias normativas aditivas), con lo cual se constata una intrínseca derrotabilidad de las normas legales².

Por su parte, la democracia operativa dentro del paradigma paleopositivista —citando a Ferrajoli— se ha convertido en *democracia constitucional*. Este es un modelo que no se limita a programar sólo las formas de producción del derecho mediante normas procedimentales, sino que además programa sus

² La constitucionalización de normas de principio, en virtud de la supremacía constitucional, combinada con la presencia de entes encargados de controlar la adecuación de normas subconstitucionales a la Carta Fundamental, ponen de manifiesto el carácter de la ley como enunciado condicional derrotable.

contenidos. Está constituido por normas metalegales que disciplinan —justicia constitucional mediante— la máxima expresión de las mayorías presentes en el proceso de generación de las leyes. En síntesis, la Constitución es aquel derecho sobre el derecho que opera como una convención sobre el coto vedado (Garzón, 1989), las cartas de triunfo (Dworkin, 1977) o acerca de lo que es indecible para cualquier mayoría (Ferrajoli, 1998).

La constitucionalización rígida de los derechos fundamentales —nos sugiere el célebre jurista de Florencia— impone obligaciones y prohibiciones a los poderes públicos y ha insertado en la democracia una dimensión sustancial. Si las normas formales de la Constitución, esto es, aquellas que disciplinan la organización de los poderes públicos, aseguran la dimensión formal de la democracia política, entonces aquellas normas que establecen los principios y derechos fundamentales garantizan lo que se puede denominar democracia sustancial y se refieren a *qué* no puede ser decidido o debe ser decidido por toda mayoría, de forma que se vincula toda la legislación bajo pena de invalidez a los derechos, principios y valores fundamentales. Ello cambia profundamente las relaciones entre derecho y política, pues ya no es el primero quien se subordina a la segunda, sino a la inversa (Ferrajoli, 2008: 32).

4. Tensiones: Constitución, democracia, separación de poderes y moral

Hechas las anteriores precisiones en torno a lo que es la Constitución hoy, es posible detectar ciertas tensiones entre tradicionales e importantes ideas y los perfiles de una carta fundamental.

En primer lugar, surge una tensión entre la noción tradicional de democracia y el concepto de Constitución. Si la democracia es aquella forma política que —entre otras cosas— permite la adopción de las decisiones públicas mediante la participación igualitaria de sus destinatarios a través de la regla de la mayoría, la dinámica actual de las Constituciones altera dicha lógica al definir un programa basado en principios y valores al que debe adecuarse y someterse toda decisión de las mayorías. Hay, en este contexto, mayorías o voluntades más soberanas y preponderantes que otras. Las decisiones adoptadas en el momento constituyente resultan —en la práctica— mucho más sólidas y protegidas que las posteriores. Eso es, y de eso se trata, lo que se denomina *el precompromiso*: decisiones previas, privilegiadas en razón de ser adoptadas en un aparente estado de racionalidad perfecta con el objetivo de disciplinar actos futuros ejecutados en un supuesto estado de racionalidad imperfecta (Moreso, 2000: 35).

En segundo lugar, aparece la tensión entre el concepto de Constitución y algunos elementos tradicionales de la teoría del Estado. En efecto, la división tripartita de poderes o funciones del Estado reserva la resolución de las cuestiones políticas a quien considera representante por excelencia de la soberanía popular: el Congreso. En cambio, la dinámica actual de los sistemas políticos al amparo del Estado Constitucional de Derecho sustrae parte importante de las decisiones políticas al parlamento. Pero no sólo eso, monopoliza la competencia de dirimir conflictos políticos mediante la facultad de invalidar las opciones contenidas en ciertas leyes al depositar dicha competencia en entes no representativos: la justicia constitucional. Nos referimos a la conocida objeción *contramayoritaria* formulada por Alexander Bickel (Bickel, 1962).

Y, en tercer lugar, surge una tensión en el ámbito de las relaciones entre derecho y moral. En efecto, suele proponerse, tanto en términos descriptivos como estipulativos, la inexistencia de una conexión necesaria entre derecho y moral. Se trata de una de las tesis básicas del positivismo jurídico.

Pues bien, dicha tesis parece diluirse en el Estado Constitucional de Derecho, puesto que las cartas fundamentales, cada vez más, incorporan un denso contenido axiológico. Tal opción, en la práctica, no resulta neutra, puesto que causa diversos efectos, entre los cuales se cuentan los siguientes.

Primero, la elevación a la categoría de moral social de algunos valores que no necesariamente la integran, pero que operan como si lo hicieran por el solo hecho de estar incorporados en el texto constitucional y recibir la protección brindada por la supremacía constitucional. Valores que en muchas oportunidades entran en conflicto con otros que sí forman parte de la moral social y que resultan derrotados.

Y, segundo, dichos valores, al ocupar la posición de acreedores preferentes de protección —especialmente en sede constitucional—, tienen una enorme potencialidad expansiva que puede, y en la práctica así ocurre, relegar a otros valores a segundos o terceros planos.

Consciente de las problemáticas ya descritas, la doctrina suele justificar la importancia de la Constitución acudiendo al conocido mito de Ulises. Recordémoslo. Ulises, en su viaje, se anticipa al peligro que representa el irresistible canto de unas sirenas que encontrará en su ruta —un canto famoso por nublar la mente de los viajeros y conducirlos al suicidio o la autoflagelación— y decide atarse al mástil de su embarcación para evitar ser presa de las seductoras voces de las sirenas.

En la alegoría de la doctrina, al crear Constituciones, las sociedades optarían, como Ulises, por atarse de manos para proteger en el futuro ciertos valores e intereses supremos mediante la creación de instituciones que eviten a las mayorías atentar contra dichos valores en momentos de irracionalidad.

Empero, como resulta casi evidente, dicha comparación no es exacta ni apropiada. Como advierte el español Francisco Laporta (Laporta, 2001), en el episodio mítico, es el mismo Ulises el de antes y el de después³. Además, el Ulises que decide atarse es completamente racional, mientras que el que enfrenta el canto de las sirenas no lo es. Sin embargo, en la práctica, dada la vigencia prolongada de las Constituciones, quienes resultan atados por las decisiones adoptadas en el momento constituyente son las generaciones posteriores y ni el constituyente es un ente plenamente racional ni los destinatarios de la Constitución son un conjunto de sujetos irracionales. Por otra parte, un *precompromiso* individual, como el de Ulises, no puede ser comparado, sin más, a uno colectivo. No poseen idéntica legitimidad la decisión por la cual un único sujeto anticipándose a futuras y propias irracionalidades limita su voluntad y aquella en la cual algunos sujetos atan, ahora y a futuro, la racionalidad de muchos, porque temen de ella. Hay, al parecer en este segundo caso, un ejercicio de paternalismo⁴, que no es lo mismo que hablar de autopaternalismo.

Todo lo anterior podría resumirse, como lo señala Bayón —quien, en estricto rigor, acude a las ideas de Waldron— de la siguiente forma:

³ “Más allá de que tal limitación constitucional pueda ser teóricamente aceptable o no, lo cierto es que la violación de tal requisito de identidad (un requisito que es dejado de lado, a menos que se asuma, implausiblemente, que siempre hablamos de una misma y única sociedad, aunque hayan cambiado la totalidad de sus miembros) distorsiona completamente el sentido del ejemplo de Ulises, y la justificabilidad que, en aquel caso, acompañaba al ejercicio del paternalismo. Aunque tenemos razones para pensar que cada uno de nosotros puede limitar legítimamente sus propias acciones futuras, resulta mucho más difícil sostener que una generación puede limitar a las que la siguen” (Gargarella, 2000: 55).

⁴ Este hecho determina una nueva y significativa diferencia en relación con la leyenda griega dado que, en el caso de la sociedad que dicta su Constitución, aparece una trágica posibilidad (ausente en el ejemplo de Ulises): la posibilidad de que la minoría que elaboró la Constitución “ate las manos” del resto de la sociedad, dejando libres las propias (una eventualidad que, según creo, se ha concretado en el curso de la historia constitucional “real” de muchos países occidentales, y que el mismo Elster ha comenzado a admitir en algunos trabajos recientes) (Gargarella, 2000: 56).

Vistas las cosas desde esa perspectiva, el constitucionalismo no consistiría —como suele decirse— en un procedimiento de decisión con restricciones sustantivas, sino en una combinación de procedimientos, ensamblados de tal modo que algunos de ellos sirven para tomar decisiones colectivas acerca de los límites de funcionamiento de otros.

En los momentos de política constituyente —ya sean originarios o de reforma constitucional— la pregunta acerca de qué es lo que no se permitirá en el futuro decidir a la mayoría no la responde un listado de criterios sustantivos, sino el resultado —cualquiera que sea— que arroje un procedimiento (el de aprobación —o revisión— de la constitución). Y en los momentos de política constituida, el límite real al funcionamiento del procedimiento mayoritario no viene dado tampoco por un conjunto de criterios sustantivos, sino por los resultados que arroje otro procedimiento más, el de control jurisdiccional de constitucionalidad, cualesquiera que éstos sean. El límite real al poder de decisión de la mayoría no son los derechos constitucionalizados, sino lo que el órgano que ejerza el control jurisdiccional de constitucionalidad —o incluso meramente la mayoría de sus miembros— establezca que es el contenido de esos derechos: porque, por discutibles o infundadas que puedan parecernos las decisiones que adoptan, su firmeza no está condicionada a su corrección material. (Bayón, 2000 y Waldron, 1994)

Las mencionadas no son las únicas tensiones o conflictos que surgen a partir de la actual concepción de la Constitución. Lo interesante es que se trata de efectos que probablemente —casi con seguridad— seguirán produciéndose porque son el resultado de un modelo político y jurídico en uso y expansión. Quienes se han visto beneficiados por la constitucionalización del derecho y la política no renunciarán a ello, y quienes se han visto perjudicados, lejos de pretender la sustitución del modelo, sin duda abogarán por insertarse también en el espacio de los privilegiados.

5. Ideas

En este contexto —y en instancias como esta— lo importante a mi juicio es dimensionar correctamente qué es una Constitución hoy en día, cuál es su importancia, qué tensiones genera y continuará generando y pensar cómo podemos, en el futuro, suavizarlas o disminuirlas. Ello puesto que, pese a las críticas, las sociedades contemporáneas parecen haber optado por estructuras políticas que atrincheran los derechos que estiman básicos en normas denominadas Constituciones, las cuales dotan a dichos derechos de una primacía especial sobre la actividad política y en particular de la legislativa

ordinaria. Nos guste o desagrade, pareciera que la práctica internacional se orienta a concluir que de la existencia de derechos básicos se deriva como consecuencia necesaria la creación de una Constitución que reúna las características de norma jurídica suprema y garantizada. Idea cuestionable, pero generalmente aceptada, y ante la cual surgen varias estrategias⁵. Primero, cuestionarla en sus fundamentos. Tarea demasiado extensa y compleja como para ser abordada por nosotros. O, segundo, observar algunos de sus efectos tratando de modularlos, de tal forma de lograr evitar, en la medida de lo posible, sus consecuencias negativas.

En tal camino, estimo crucial lo siguiente:

Si una Constitución opera como una norma que marcará una esfera sustantiva de lo indecible o coto vedado a las sociedades actuales y futuras, es imprescindible que aquellas opciones sean adoptadas cumpliendo con los más altos estándares de participación y sean, durante su vigencia, queridas y comprendidas por sus destinatarios.

En efecto, una Constitución no puede prescindir de la participación del pueblo en su elaboración. No sin incurrir en un paternalismo irracional que deslegitima las bases mismas de aquello que hoy pretende defender: la dignidad y la racionalidad humanas.

Lo anterior implica que el momento constituyente originario debe ser efectivamente democrático⁶ y que su ejercicio derivado debe estar exento de

⁵ Sobre el particular, Juan Carlos Bayón expresa: “En esa peculiaridad estructural hay por supuesto una genuina tesis moral sustantiva, específica de un grupo o familia de concepciones de la justicia y rechazada como es notorio por relevantes concepciones rivales de diversa progenie”. Y a continuación sostiene que es necesario revisar el paso que media entre la adhesión a ese ideal moral sustantivo que es la tesis del coto vedado y la elección de un diseño institucional específico para una comunidad política. Porque en ese paso, me temo, se agazapan más dificultades de lo que parece (Bayón, 2000).

⁶ Condición que, como se sabe, no fue cumplida en el caso de la Constitución chilena vigente, elaborada por la Dictadura que ejerció el poder en Chile entre los años 1973 y 1991. El Decreto Ley 128 de 16 de noviembre de 1973, suscrito por Augusto Pinochet, declaró al respecto: “La asunción del mando supremo de la nación supone el ejercicio de todas las atribuciones de las personas y órganos que componen los poderes ejecutivo y legislativo y, en consecuencia, el poder constituyente que a ellos corresponde”. Se usurpaba de esa forma la función constituyente. Ella se ejerció directamente por la Junta de Gobierno encabezada por Pinochet, quien luego de un extenso periodo de elaboración del texto de una nueva constitución —propuesto por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, ente asesor especializado designado

instituciones que perturben o distorsionen la participación de las mayorías, como el “sistema binominal”⁷, que hoy no sólo condiciona el ejercicio de la función legislativa, sino también altera el peso de las fuerzas políticas al momento de reformar la Constitución.

Lo anterior supone también revisar la pertinencia de las leyes de quórum especial, específicamente aquellas que en nuestro sistema se denominan orgánicas constitucionales. Estas normas conforman un tipo de ley a la que la Constitución atribuyó la regulación de ciertas materias específicas, en general vinculadas al funcionamiento de instituciones públicas de rango constitucional. Para la aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas constitucionales, se requiere de un procedimiento especial, que es más complejo que el aplicable a la ley simple y que se distingue por requerir el voto favorable de 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio y por ser objeto de control preventivo obligatorio de constitucionalidad. La revisión de la conveniencia de esta fuente formal del derecho es necesaria porque su origen (claramente antidemocrático), su extensión (la amplia cantidad de temas que regula) el momento de elaboración de las leyes de este tipo actualmente vigentes (casi todas antes del retorno de la democracia) y el desproporcionado

por el régimen— sometió el 11 de septiembre de 1980 el proyecto de nueva Constitución a un plebiscito en el que resultó aprobado. No está de más señalar que esta marginal y diferida participación del pueblo en la aprobación de la Carta Fundamental vigente no contó con las garantías mínimas propias de una votación popular democrática. Este es el denominado “pecado de origen” de la Constitución chilena vigente.

⁷ El binominal es el sistema electoral que se utiliza en Chile para las elecciones de diputados y senadores, y consiste en la elección de dos representantes por cada distrito. Su principal característica es dar representación parlamentaria a las dos primeras mayorías por igual, si es que la lista más votada no dobla el porcentaje de votos alcanzado por la segunda de mayor votación. En la práctica, una lista que obtiene el 34% de los votos obtiene la misma representación parlamentaria de una que alcanza el 66% de votación. Por lo tanto, ambas obtienen el 50% de los escaños. Este sistema está indirectamente constitucionalizado. En efecto, si bien la Constitución Política vigente en Chile establece que las elecciones de diputados y senadores se realizarán de conformidad a lo que establezca la ley orgánica constitucional respectiva (arts. 47 y 49), siendo por tanto la definición del sistema electoral en este ámbito competencia de la ley, la disposición transitoria decimotercera, insertada en la reforma constitucional del año 2005, dispone que “las modificaciones a la referida Ley de Votaciones Populares y Escrutinios (justamente la que contempla el sistema Binominal) que digan relación con el número de senadores, las circunscripciones existentes y el sistema electoral vigente, requerirán del voto conforme de las tres quintas partes de de los diputados y senadores en ejercicio”, y ocurre que dicho quórum es el previsto en el artículo 127 de la Carta Política como regla general para reformas constitucionales.

quórum necesario para su aprobación *sobreconstitucionalizan* diversos ámbitos y así los sustraen de la deliberación democrática.

Además, resulta apropiado que los destinatarios de las Constituciones conozcan su contenido y ojalá se identifiquen con él. Si la constitución opera como ya hemos descrito, requerirá de los destinatarios de sus normas —o sea de todos— un comportamiento respetuoso de sus disposiciones. Y, para respetarlas, al menos de manera consciente, es necesario conocerlas y comprenderlas.

Sólo mediante una vinculación basada en el conocimiento podrían las generaciones posteriores darles sentido a aquellas disposiciones con las cuales los Ulises del pasado han atado a los Ulises del futuro. Sólo tal conocimiento permitirá dos importantes efectos: uno, la interpretación evolutiva y ciudadana de la Constitución y, dos, la democratización del uso de la carta fundamental.

En efecto, y respecto de esto último, hoy en día la argumentación y defensa de intereses con base en elementos constitucionales es patrimonio de algunos pocos. Pareciera que únicamente algunos privilegiados hacen uso de las jurisdicciones constitucionales para defender sus intereses y muy pocos comprenden las potencialidades de la carta fundamental para proteger sus puntos de vista. Situaciones como esa actualizan y acentúan el contenido *contramayoritario* de toda Constitución, y hacen que ya no sólo sea el conjunto de opciones de unos para disciplinar la vida de muchos sujetos futuros, sino que un reducido grupo saque partido de ellas.

Por ello, conjuntamente con lo antes sugerido, resultaría apropiado que cualquier instancia de cambio constitucional contemple la inclusión expresa de una dimensión específica del derecho a la educación consistente en la *educación para la ciudadanía*. De esa forma, aquellos sectores que hoy son prácticamente analfabetos cívicos podrán concurrir al diálogo público que contribuye al patriotismo constitucional.

Bibliografía

- Alexy, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa (1994).
- Bayón, Juan Carlos. “Derechos, Democracia y Constitución.” *Discusiones* 1 (2000).
- Bickel, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press (1962).
- Comanducci, Paolo. “Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un Análisis Metateórico.” En: *Revista Isonomía* 16 (Abril, 2002).
- Estrada, Julio Alexei. “Los Tribunales Constitucionales y la Eficacia entre Particulares de los Derechos Fundamentales.” En: *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta (2007).
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta (1998).
- Ferrajoli, Luigi. “La Democracia Constitucional.” En: Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta (2008).
- Ferrajoli, Luigi. “Sobre los Derechos Fundamentales.” En: *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta (2007).
- García Figueroa, Alfonso. *Principios y Positivismo Jurídico. El No Positivismo Principialista en las Teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (1998).
- Gargarella, Roberto. “Los Jueces frente al Coto Vedado.” *Discusiones* 1 (2000).
- Garzón Valdés, Ernesto. “Algo más acerca del Coto Vedado.” *Doxa* 6 (2001).
- Guastini, Ricardo. “Sobre el concepto de Constitución.” En: *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta (2007).
- Henríquez Viñas, Miriam. *Las fuentes formales del Derecho*. Santiago: Legal Publishing (2009).
- Laporta, Francisco. “El ámbito de la Constitución.” En: *Doxa* 24 (2001).
- Moreso, José Juan. “Derechos y Justicia Procesal Imperfecta.” *Discusiones* 1 (2000).
- Pozzolo, Sussana. “Neoconstitucionalismo y especificidad de la Interpretación Constitucional.” *Doxa* 21 (1998).
- Prieto Sanchís, Luis. “Constitucionalismo y Positivismo.” México: Fontamara (1997).

Prieto Sanchís, Luis. "El Constitucionalismo de los Derechos." En: *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta (2007).

Waldron, Jeremy. "Freeman's Defense of a Judicial Review." *Law and Philosophy* 13 (1994).