

# LUCES Y SOMBRAS DE LA EXPERIENCIA DE LAS TRANSICIONES *PACTADAS*. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LOS LÍMITES DE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE DE CHILE (\*)

Por GIANCARLO ROLLA

## SUMARIO

1. LA DIFÍCIL TENTATIVA DE APROBAR UNA NUEVA REFORMA CONSTITUCIONAL EN CHILE.—2. LAS TRANSICIONES CONSTITUCIONALES COMO FORMAS DE MANIFESTACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE.—3. LAS TRANSICIONES PACÍFICAS Y EL JUICIO SOBRE EL PASADO.—4. LUCES Y SOMBRAS DE LA EXPERIENCIA DE LAS TRANSICIONES «PACTADAS».—5. ALGUNAS CONSIDERACIONES SINTÉTICAS A MODO DE CONCLUSIÓN.

### 1. LA DIFÍCIL TENTATIVA DE APROBAR UNA NUEVA REFORMA CONSTITUCIONAL EN CHILE

La realidad constitucional de Chile parece vivir una contradicción, sintetizable en el contraste entre la consolidación de nuevos principios democráticos (garantía de los derechos fundamentales, pluralismo político, elegibilidad de los órganos político-representativos...) y la dificultad de aprobar una nueva Constitución que marque una ruptura neta e inequívoca respecto de la Constitución política aprobada por la junta militar de gobierno en 1980 y hasta ahora vigente (1).

Es sabido, en efecto, que la afirmación de un clima constitucional inspirado en los valores de la democracia política y del pluralismo social no se ha visto aún correspondida con la capacidad de aprobar una nueva carta constitucional, que sancio-

---

(\*) Traducido del italiano por Isabel M. GIMÉNEZ SÁNCHEZ.

(1) Sobre la vigente Constitución chilena: G. PIEDRABUENA RICHARDS: *La reforma constitucional*, Encina, Santiago, 1970; M. VERDUGO-U. PFEFFER-H. NOGUEIRA ALCALÁ: *Derecho constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997; AA.VV., *Reforma constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990; F. GUISSÉ-J. ARRAYAS: *La reforma constitucional*, Cesoc, Santiago, 1989.

ne decididamente la superación del régimen dictatorial y codifique la absoluta inconciliabilidad con éste del vigente ordenamiento. De hecho, la estructura institucional impuesta por el régimen autoritario de Pinochet como resultado del golpe de Estado permanece en su sustancia; sin que haya sido menoscabado por las 54 reformas constitucionales aprobadas en 1989 con base en un acuerdo político entre los partidos de la *Concertación*, el partido de derecha *Renovación nacional* y el Gobierno militar en aquel año aún en el poder.

En concreto, como han reconocido ciertos sectores de la doctrina constitucional chilena, no se modificaron las disposiciones de la Constitución chilena que más expresamente se referían a la «tutela» del poder militar sobre el ordenamiento constitucional del país. Las fuerzas políticas chilenas de inspiración democrática parecen ser conscientes de dicha contradicción y desde hace tiempo están comprometidas en el intento de lograr ulteriores revisiones de la Constitución, con el objetivo explícito de depurarla de los más relevantes vestigios de la dictadura militar.

En coherencia con dicha orientación, el parlamento de Chile se ha comprometido estos meses en una difícil mediación encaminada a aprobar nuevas disposiciones constitucionales, dirigidas a adecuar la normativa constitucional a la evolución democrática del sistema político y a permitir una duradera y efectiva «redemocratización» del Estado chileno. Recientemente, se han aprobado dos enmiendas a la Constitución prohibiendo la pena de muerte y eliminando la censura como límite a la libertad de manifestación del pensamiento. Asimismo, otras propuestas de reforma constitucional parecen concentrarse en los puntos siguientes:

- a) reconocimiento de derechos a la identidad colectiva de la población indígena;
- b) inicio de una regionalización parcial, tanto política como administrativa;
- c) introducción de normas dirigidas a mejorar la transparencia de los procesos administrativos y a atacar la extendida corrupción de los funcionarios públicos;
- d) el reconocimiento de nuevos derechos civiles y políticos no considerados en las precedentes reformas de 1989: con especial referencia al derecho de nacionalidad y a la previsión de nuevos instrumentos de tutela directa de determinados derechos, como la «acción de protección» en materia ambiental;
- e) una más detallada regulación del estado de excepción, reduciendo —concretamente— los poderes del *Consejo de Seguridad nacional*, que vendrían atribuidos al Presidente (órgano monocrático directamente elegido por los ciudadanos mediante sufragio universal);
- f) la reforma del Senado, que sería enteramente electivo, eliminando la controvertida distinción entre senadores electos y senadores designados;
- g) la revisión de las competencias y la composición del Tribunal Constitucional. Acerca de los poderes, se propone la introducción de la cuestión de inconstitucionalidad; al tiempo que se prevé, desde el punto de vista estructural, un aumento de sus componentes (de 7 a 9) y la atribución de la competencia de su nombramiento al Presidente, al Parlamento y a la Corte Suprema, respectivamente;

- h) la reducción de los poderes del Consejo de Seguridad, que se convertiría en un órgano consultivo del Presidente;
- i) la redefinición de la posición institucional de las fuerzas armadas, que ya no serían definidas como el poder encargado de la garantía institucional del orden constitucional.

Sobre la posibilidad de lograr una revisión tan amplia y profunda de la Constitución pende una auténtica «espada de Damocles», constituida por los límites procedimentales que la Constitución de 1980 prevé para la revisión constitucional: se trata no sólo de un procedimiento farragoso y complejo sino, sobre todo, muy gravoso desde la perspectiva de las mayorías exigidas, haciendo prácticamente imposible la aprobación de reformas significativas sin el consenso tanto de la mayoría como de la oposición.

Conforme al capítulo IV de la Constitución vigente, el proyecto de revisión, activado por el Presidente de la República o de cada componente del Congreso nacional, debe ser aprobado por ambas Cámaras con el voto conforme de tres quintos de los diputados y senadores, o bien —para determinadas materias— de dos tercios; por tanto, las dos Cámaras deberán votar por mayoría, sin debate, el proyecto aprobado previamente. El Presidente de la República tiene la posibilidad de rechazar total o parcialmente el proyecto de reforma aprobado por el Parlamento, oponiendo su veto; en caso de divergencia entre dos órganos se prevé una votación en la que cada una de las disposiciones objeto de discrepancia será votada separadamente.

Precisamente esta situación de bloqueo en el proceso de innovación constitucional suscita algunas reflexiones fundamentales tanto acerca del modo de manifestarse el poder constituyente en las más recientes experiencias constitucionales; como sobre los límites que evidencian algunas transiciones constitucionales, que se han realizado no mediante una ruptura, sino sobre la base de un pacto constitucional con las fuerzas del pasado; es decir, sin dar vida a una constitución material diversa.

## 2. LAS TRANSICIONES CONSTITUCIONALES COMO FORMAS DE MANIFESTACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE

El constitucionalismo más reciente está atravesando una fase dinámica, repleta de propuestas y de estímulos, en cuyo interior conviven, sin embargo, tendencias no unívocas. Mientras, por un lado, se asiste a la aprobación de documentos constitucionales que se inspiran en los principios propios del Estado democrático y de Derecho, en conexión con la difusión en diversas áreas geográficas (África, Europa del Este, América Latina) de procesos de democratización. Por otro lado, se advierte una creciente dificultad en otros ordenamientos para iniciar una revisión constitucional material o, al menos, una auténtica actividad constituyente.

Puede afirmarse, en otras palabras, que se está asistiendo a la coexistencia tanto de tendencias de innovación constitucional, como de riesgos de «petrificación» del texto constitucional.

El ordenamiento constitucional de Chile parece caracterizarse por rasgos propios de ambos fenómenos.

Por cuanto respecta a la tendencia de innovación constitucional, hay que reconocer que también Chile se vio afectado por ese proceso de democratización que parece caracterizar la más reciente realidad constitucional de los Estados del continente sudamericano, donde se ha asistido —en el curso de estos últimos años— a la aprobación de Constituciones que han mostrado un elemento indudable de discontinuidad respecto de los anteriores regímenes autoritarios: como en el caso, por ejemplo, de Brasil (1988), Chile (1990), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Uruguay (1997) y Ecuador (1998). Es más, en el caso en cuestión, resulta más correcto hablar de «redemocratización», si se toman en consideración las tradiciones jurídicas de dicho país (2).

Estas transiciones se caracterizan por la apertura a principios propios del constitucionalismo liberal y democrático, si bien con las especificidades y las restricciones propias de la experiencia constitucional del área iberoamericana; aunque resultan significativas en cuanto parecen delinear una idea no tradicional de poder constituyente, diferente de las teorizaciones canónicas de la doctrina constitucional europea (3).

En concreto, parece desvanecerse la idea de que el poder constituyente, en cuanto fuente sobre la producción, se agota con la emanación de la fuente constitucional, dejando lugar, por lo tanto, al ejercicio de los tradicionales poderes constituidos, entre los cuales se incluye también el poder de revisión constitucional. La claridad de tal distinción conceptual ha resultado ciertamente dañada por la creciente tendencia de los ordenamientos constitucionales a añadir, entre la actividad constituyente y la de revisión constitucional, la institución de la reforma total de la Constitución. Pero en dicha fractura se está ensamblado un ulterior fenómeno, consistente en la circunstancia de que cada vez con mayor frecuencia el ejercicio del poder constituyente asume las connotaciones de un proceso, diluido en el tiempo. Se diferencia en ello del poder constituyente como poder originario que, legitimándose por vía de hecho, establece una nueva Constitución o modifica la anterior en sus principios constitutivos de manera no prevista por aquélla.

---

(2) Acerca de las transiciones democráticas en América Latina, véase L. MEZZETTI: «Transizioni costituzionali e consolidamento democratico in America Latina agli albori del XXI secolo», en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2000, págs. 36 y ss.; IDEM, *Le democrazie incerte*, Giappichelli, Turín, págs. 331 y ss.; M. CARDUCCI (coord.): *Il costituzionalismo «parallelo» delle nuove democrazie*, Giuffrè, Milán, 1999; M. ALCÁNTARA SÁEZ: *Sistemas políticos de América Latina*, Tecnos, Madrid, 1999; y, más en general, sobre las transiciones democráticas: G. DE VERGOTTINI: *Le transizioni costituzionali*. Il Mulino, Bolonia, 1998.

(3) Para una visión global del debate teórico y las tendencias actuales, véase, últimamente: G. MORBIDELLI: *Lezioni di diritto pubblico comparato. Costituzioni e costituzionalismo*, Monduzzi, Bolonia, 2000, págs. 86 y ss., que pone de manifiesto una reciente tendencia a la juridización del poder constituyente.

Resulta emblemática, en este sentido, la experiencia de Sudáfrica, que ha vivido una experiencia constituyente temporalmente dilatada, que ha producido diversos textos constitucionales —la Constitución provisional de 1991, la Constitución *ad interim* de 1993, la nueva Constitución de 1996— (4). Parcialmente asimilable puede ser la transición democrática que actualmente está viviendo Chile, donde en 1989 se introdujeron en el cuerpo de la Constitución de 1980 cincuenta y cuatro enmiendas constitucionales y actualmente se están elaborando en sede parlamentaria otras disposiciones dirigidas a incidir sobre doce instituciones constitucionales heredadas de la previa experiencia dictatorial: de tal manera se podría afirmar que, en estos momentos, en Chile el proceso constituyente acaba de comenzar, pese a los años que nos separan de la crisis del régimen militar, o incluso que existen dudas acerca del inicio de una efectiva fase constituyente.

La semejanza entre ambas experiencias presenta, en efecto, un límite ligado al hecho de que, mientras en Sudáfrica la transición del antiguo al nuevo ordenamiento constitucional se desarrolló conforme a un *iter* temporalmente definido y condujo a la aprobación de una nueva carta constitucional; en Chile, por el contrario, la posibilidad de que sea codificada una Constitución sustancialmente opuesta a la aprobada por la Junta de Gobierno en 1980 constituye más una deseable eventualidad que una certeza.

Dicha observación induce a destacar que las transiciones democráticas pueden considerarse expresión de un efectivo poder constituyente sólo si satisfacen dos requisitos esenciales. Ante todo, el proceso constituyente de transición debe venir expresamente juridificado como tal —convirtiéndose, por tanto, también en procedimiento—, previendo formas y tiempos precisos. En segundo lugar, el resultado normativo —esto es, la fuente de producción— debe introducir en el sistema principios de fuerte discontinuidad, los cuales, aun sin atacar los principios supremos del ordenamiento, afectan a rasgos definitorios de la forma de gobierno o de Estado, o bien al sistema de derechos fundamentales.

Básicamente, a través del ejercicio del poder constituyente se determina: *a)* una modificación de los valores que alimentan la sociedad y organizan el funcionamiento del Estado, *b)* el nacimiento de una nueva clase dirigente (aquella que según Mortati expresaba la constitución en sentido material), *c)* la codificación de un juicio negativo (de ilegitimidad) del pasado que se ha intentado sustituir.

---

(4) Sobre el proceso constituyente en Sudáfrica, *vid.* R. ORRÚ: *La Costituzione di tutti*, Giappichelli, Turin, 1998; IDEM: «Transizione ed avvio del consolidamento democratico in Sudafrica: la complessa attuazione della Costituzione del 1996», en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1999, págs. 903 y ss.; S. GLOPPEN: *South Africa: the battle over the Constitution*, Brookfield, Aldershot, 1997; R. SPITS: *The politics of transition. A hidden history of South Africa's negotiated settlement*, Hart, Oxford, 2000; M. LOBBAN: «Un accord négocié: Le processus constitutionnel en Afrique du Sud depuis 1991», en *Revue du Droit Public en France et à l'étranger*, 1997, págs. 71 y ss.; L. PEGORARO-A. RINELLA: «La nuova Costituzione della Repubblica del Sudafrica (1996-1997)», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1997, págs. 517 y ss.

Sólo al cumplirse, al final del proceso de transición, estos objetivos, se puede sostener con un cierto fundamento que las transiciones acontecidas estén en situación de producir ordenamientos efectivamente inspirados en los principios del constitucionalismo democrático. En caso contrario se estaría, en nuestra opinión, en presencia de transiciones hacia una «democracia incierta», no sólo porque la disociación entre la norma constitucional y su efectividad es bastante fuerte, sino también porque los condicionamientos institucionales del pasado representan, al mismo tiempo, un freno al cambio y la amenaza de un siempre posible retorno al pasado.

Precisamente por esto, la práctica de las transiciones pacíficas hacia la democracia constitucional puede generar contradicciones. No se desconoce la conveniencia de que el nacimiento de Constituciones democráticas venga ligado a la reducción, si no a la eliminación, de luchas violentas. Sin embargo, puede constituir una limitación la circunstancia de que tales procesos no siempre se encuentran en situación de innovar radicalmente el sistema político, que se produzca una cierta continuidad entre los sistemas autoritarios del pasado y los democráticos, reforzada por el hecho de que muy frecuentemente la génesis del proceso constituyente tiene su inicio precisamente en los aparatos del Estado, que lo orientan y condicionan.

Interpretada a la luz de dicha perspectiva, la experiencia constitucional chilena expresa el dramático contraste entre la urgencia de concluir la transición y la imposibilidad de cristalizar un consenso suficiente para el cambio constitucional, de modo que no parece arriesgado afirmar que Chile está viviendo una delicada fase de «bloqueo» constitucional.

La Constitución chilena, como todas las Constituciones rígidas, prevé un procedimiento agravado para su modificación: según el art. 116, para la revisión ordinaria, es preciso que en cada Cámara tenga el voto favorable de los 3/5 de los diputados y senadores; mientras, para la revisión de determinadas partes —no por casualidad referidas a aquellas instituciones que en mayor medida revelan un déficit democrático—, como derechos y deberes de los ciudadanos, Tribunal Constitucional, Fuerzas Armadas y seguridad pública, Consejo de Seguridad nacional —es necesaria la mayoría de 2/3 de los diputados y senadores: una mayoría imposible de conseguir sin un consenso básico y general en torno a la nueva regulación constitucional, teniendo en consideración también que una de las Cámaras es sólo parcialmente electiva.

Ello significa que la regulación de las instituciones que en mayor medida representan la continuidad con el anterior régimen y las limitaciones sustanciales al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona están sometidos a una tutela reforzada, que las preserva frente a la posibilidad de un cambio radical. En un cierto sentido, las fuerzas políticas e institucionales que han pactado la transición, condicionan y tienen la capacidad de bloquear el efectivo desarrollo de la transición constitucional. De ahí la señalada contradicción entre una revisión constitucional (la de 1989) incompleta y un sistema político bloqueado desde el punto de vista de la innovación constitucional: que parece incapaz de encontrar una fórmula de revisión que al mismo tiempo sea adecuada y consensualmente aceptada.

El sistema constitucional vive una situación de *impasse* que puede ser comprendida entre esos casos definidos por la doctrina como *politics of frustration* (5); y, en efecto, resulta frustrante reconocer que la Constitución vigente es insuficiente y admitir, al mismo tiempo, que no se consigue encontrar el camino para modificarla.

Se podría, sin embargo, objetar que tal dificultad no constituye un elemento exclusivo de la situación chilena, sino que es un elemento común a numerosos ordenamientos —tanto recientes, cuanto de antigua consolidación democrática—. Lo cual parece estadísticamente exacto, si se considera que en muchas de estas realidades se suscitan dificultades aparentemente insolubles, bien sea para introducir nuevas reglas para la revisión constitucional, bien para innovar las disposiciones de la Constitución (piénsese, por ejemplo, en los casos —por permanecer en el área cultural del constitucionalismo occidental— de los EE.UU., Canadá, Australia, Italia, España).

Seguramente las dificultades de dar vida a un profundo *amending process* responden a dificultades generales de los ordenamientos modernos, las cuales trascienden —en un cierto sentido— la especificidad de los supuestos concretos: reconducibles en muchos casos a la crisis de la política como técnica de mediación y de superación de conflictos, a la debilidad que la acción decisional de los tradicionales órganos de gobierno encuentra a causa de los vetos recíprocos, y los delicados problemas de equilibrio institucional que caracterizan a los ordenamientos complejos.

Dicha constatación, sin embargo, no debe hacer olvidar que la realidad constitucional chilena representa, respecto de los contextos arriba indicados, una anomalía significativa a causa de los efectos esenciales que el bloqueo del proceso de reforma constitucional emana sobre la calidad democrática del sistema.

Subsiste, en efecto, una diferencia sustancial entre Constituciones que, aun necesitadas de correctivos precisos, son todavía válidas en su sistema de valores y Constituciones que presentan un preocupante déficit institucional. Las primeras contienen principios inspiradores estables, que continúan representando la clave de bóveda de todo el ordenamiento jurídico e informando el derecho vivo. Además, el papel creativo de una magistratura independiente y profesional, la presencia de un eficaz y esencial sistema de justicia constitucional conllevan que el sistema mantenga un cierto dinamismo y se determine una constante salvaguardia de los caracteres democráticos y liberales del sistema.

Por el contrario, en el caso de Chile, la dificultad de elaborar y aprobar no sólo una «nueva» Constitución, si no también una Constitución «nueva» proyecta importantes sombras sobre la transición de la dictadura a la democracia, en el sentido de que el proceso de «redemocratización» del Estado chileno resulta incompleto (no pudiéndose, obviamente, considerar concluida la transición con las modificaciones aportadas en 1989 al texto constitucional precedente).

---

(5) Aunque sea referido a Canadá, la expresión puede extenderse a otras situaciones, como la chilena.

En nuestra opinión, el proceso de «retorno a la democracia y al Estado de derecho» sólo puede estabilizarse con el inicio de una efectiva fase constituyente, sin la cual Chile continuaría siendo clasificado entre aquellos ordenamientos que la doctrina ha calificado significativamente con el término de «democracias inciertas» (6). Resulta prioritario, antes aún de definir los contenidos de las nuevas disposiciones constitucionales a aprobar, concretar una *amending formula* que, derogando el procedimiento de revisión constitucional vigente en la actualidad, permita a las fuerzas parlamentarias aprobar las reglas, los principios y las instituciones de un nuevo orden constitucional. En caso contrario, se corre el riesgo de que incluso las importantes reformas de la Constitución ahora en discusión, no logren concluir el *iter* normal, dada la imposibilidad de obtener el *quórum* requerido.

### 3. LAS TRANSICIONES PACÍFICAS Y EL JUICIO SOBRE EL PASADO

Las formas a través de las cuales se manifiesta el poder constituyente no son pre-determinables, siendo libre éste no sólo en los fines, sino también en los modos. Y en efecto, la experiencia histórica nos ofrece los ejemplos más variados, sea en razón del sujeto que aprueba la Constitución (asamblea constituyente, soberano, asambleas legislativas de composición especial, etc.), o bien como consecuencia del hecho que la legitima (revolución, golpe de estado, decisión del titular de la soberanía).

No obstante, reflexionando sobre las más recientes transiciones constitucionales, no se puede dejar de notar que el ejercicio del poder constituyente se manifiesta en maneras diversas de las establecidas por la doctrina constitucionalista. Desde la perspectiva de los procesos constituyentes hay una diferencia notable, por ejemplo, entre las Constituciones democráticas aprobadas al final de la segunda guerra mundial y aquellas posteriores a las crisis de los regímenes dictatoriales en España, Portugal y Grecia. Así como éstas, a su vez, son diferentes de las Constituciones más recientes y plurales de los Estados de la Europa oriental.

Sintetizando, cabría sostener que el hecho diferencial viene constituido por el carácter pacífico del proceso que determina los orígenes de las nuevas cartas constitucionales (7).

Las revoluciones más significativas de la historia, aquellas que más sensiblemente han incidido en estructuras estatales consolidadas, se llevaron a cabo de modo cruento, como prueba también de la fuerte contraposición y de la absoluta inconciliabilidad entre ambos regímenes. Son muestra de ello la Revolución americana de 1774, la Revolución francesa de 1789, la Revolución bolchevique de 1917; en tiempos más recientes, el desastre bélico de la II Guerra Mundial actuó de motor en

(6) Así: L. MEZZETTI: *Le democrazie incerte*. Giappichelli, Turin, pág. 427.

(7) Acerca de la especificidad del fenómeno de las transiciones pacíficas hacia nuevos ordenamientos constitucionales democráticos, véase: E. CECCHERINI: *La codificazione dei diritti nelle recenti costituzioni*. Siena, 2000, págs. 24 y ss. Sobre las diversas características de los procesos constituyentes tras la II Guerra Mundial: AA.VV.: *La nascita delle Costituzioni del secondo dopo guerra*, Cedam, Padua, 2000.

Alemania, Japón y en la propia Italia para el nacimiento de un régimen constitucional democrático.

Diferente se reveló —como es sabido— el proceso de transición hacia Constituciones democráticas en España, Portugal y Grecia, donde entre 1974 y 1975, se asistió al desmoronamiento de los tres regímenes, que se transformaron de autoritarios a democráticos de una manera básicamente pacífica. En estos ordenamientos, en efecto, la restitución de los derechos y libertades fundamentales a los ciudadanos, la reconstrucción de las instituciones democráticas se unieron a la voluntad de los nuevos gobernantes de mantener el orden y de proceder a una obra de reconciliación nacional. Los distintos componentes de la sociedad y del Estado se asociaron al proceso de transición hacia la democracia: en España, el ejército no obstaculizó el proceso democrático, e incluso la Monarquía lo sostenía; en Portugal, fueron precisamente los militares quienes iniciaron la evolución democrática; también en Grecia las fuerzas armadas aceptaron las nuevas reglas democráticas y sostuvieron al primer presidente postdictadura.

La transición pacífica de la dictadura a la democracia connota de manera aún más marcada las más recientes codificaciones constitucionales en Europa del Este y en América latina, que se configuran como el resultado de procesos institucionales donde el cambio de régimen no se asocia a movimientos violentos y la transición se afirma respondiendo a ciertas características comunes, como la voluntad, por un lado, de mantener durante la transición el orden público y la seguridad de los ciudadanos; y la intención, por otra parte, de implicar en el proceso no sólo a los exponentes de las fuerzas políticas, sino también de sectores de la sociedad civil y de los aparatos económicos y militares.

Resulta difícil, no obstante, considerar la Constitución sólo desde el punto de vista formal y normativo, sin instaurar —al objeto de la valoración y de la propia interpretación de sus normas— una relación entre la norma y la fuente que la ha emanado. En otras palabras, es difícil reflexionar sobre la Constitución de un determinado país, sin considerar la naturaleza del poder constituyente que la ha emanado.

A diferencia de quienes se inclinan por una reconstrucción formal de la Constitución, se defiende que la valoración de la calidad del poder constituyente permite atribuir valor jurídico al propósito político que la ha generado; indudablemente, los ordenamientos positivos son actuaciones de un propósito capaz de servir de presupuesto para todo el sistema jurídico, capaz de definirlo y de hacerlo evolucionar. La Constitución surge a partir de la realidad institucional a través de la actividad constituyente, que la plasma y la caracteriza en su concreta individualidad. Entre Constitución y régimen político se instaura una relación biunívoca, desde el momento que, por un lado, aquélla traduce en el plano del Derecho las características fundamentales de éste y, por otro lado, el régimen político, mediante la Constitución, proyecta su propia imagen en la esfera del Derecho (8).

---

(8) Respecto de las relaciones entre fórmula política y decisión constitucional son conocidas las elaboraciones teóricas de: C. MORTATI: *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milán, 1940; P. LUCAS

Precisamente por dichas razones resulta esencial, a nuestro parecer, que los procesos constituyentes expresados por las transiciones democráticas se encuentren en situación de satisfacer dos condiciones.

En primer lugar, es necesario que los sujetos, los poderes que, aun siendo expresión del régimen anterior, han permitido el cambio limiten progresivamente su presencia, acepten explícita y conscientemente la perspectiva de ver progresivamente reducida su posición de preeminencia en el nuevo orden constitucional.

En segundo lugar, adquiere una relevancia no sólo simbólica la capacidad de «saldar cuentas con el pasado», que —en general— en las Constituciones se manifiesta tanto previendo disposiciones que prohíben o impiden, incluso en el ámbito de un amplio reconocimiento del pluralismo político y de la más amplia libertad de manifestación del pensamiento, la reproducción de situaciones políticas o ideológicas que estuvieron en la base del régimen anterior; como reconociendo a los jueces (constitucionales u ordinarios) la competencia de declarar la ilegitimidad constitucional de las normas previas, contrarias a los nuevos principios constitucionales.

Precisamente con relación a estos tres elementos apenas considerados (juicio respecto del pasado, control de las leyes previas, progresiva superación de la posición constitucional de las fuerzas representativas del pasado) se evidencia la debilidad de la actual situación constitucional chilena.

Respecto del primer rasgo, resulta de nuevo natural la comparación con la coetánea experiencia constitucional de Sudáfrica.

Tampoco en aquel país las terribles y sanguinarias luchas ligadas al *apartheid* han impedido un proceso de pacificación que ha implicado tanto a los exponentes del *National Party*, expresión de la población blanca, como del *African National Congress*, formación política históricamente enfrentada al régimen de segregación racial, como otros partidos representantes de grupos étnicos presentes en el territorio. El proceso constituyente sudafricano se ha caracterizado por la voluntad expresa de implicar al mayor número posible de sujetos políticos e institucionales en una transición completa y limitada en el tiempo (Constitución provisional desde 1991 a 1993, Constitución *ad interim* entre 1993 y 1996, nueva Constitución después de 1996).

La fuerte determinación de sancionar el texto constitucional como un pacto entre todas las partes implicadas, desde una óptica de reconciliación nacional viene ejemplificada por un fragmento de la Constitución *ad interim* de 1993, que dice: «This Constitution provides a historic bridge between the past of a deeply divided society characterised by strife, conflict, untold suffering and injustice, and a future founded on the recognition of human rights, democracy and peaceful co-existence and development of opportunities for all South Africans (...) The pursuit of national unity (...) require[s] reconciliation (...)» (9).

---

VERDÚ: *Curso de Derecho Político*, Tecnos, Madrid, 1974, págs. 421 y ss.; S. BARTOLE: «Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)», *Digesto disc. publ.*, vol. IV, Utet, Turin, 1999, págs. 303 y ss.

(9) Sobre la función y valor de las declaraciones de los preámbulos constitucionales: J. TEJADA: *El preámbulo constitucional*, Comares, Granada, 1997.

En tales palabras se hace evidente que la transición democrática no se funda sobre el «olvido» del pasado, sino sobre la capacidad de juzgarlo y valorarlo en su negatividad. En Chile, por el contrario, resultan —en contraposición— emblemáticas las palabras pronunciadas por Pinochet en el núcleo de las negociaciones sobre la reforma de la Constitución y las violaciones de los derechos humanos. En opinión de aquél se debía «continuar trabajando por Chile, por nuestra República», sin mirar atrás. Era necesario, para iniciar la transición, poseer la capacidad de olvidar.

Resulta evidente que subsiste una diferencia cualitativa, no sólo terminológica, entre la llamada de Pinochet a olvidar y la voluntad de los sudafricanos de crear un puente entre el pasado (a condenar) y el futuro (inspirado en principios y valores nuevos).

Consecuentemente, en la vigente constitución de Chile faltan elementos que permitan afirmar la codificación de una clara repulsa del pasado y la introducción de mecanismos dirigidos a evitar que el pasado pueda volver. Baste considerar, a título de ejemplo, la disposición transitoria XIV y el art. 19, apartado 15 de la Constitución. La primera, relativa al primer período presidencial posterior a la entrada en vigor de la Constitución, establece que «continuará como Presidente de la República el actual Presidente, General del Ejército don Augusto Pinochet Ugarte, que durará en el cargo hasta el término de dicho período».

La segunda, a su vez, en un juicio limitativo del pasado, establece la inconstitucionalidad de los partidos y las organizaciones sociales antidemocráticas y violentas, pero no de las instituciones y partes de instituciones que —como la precedente dictadura ha enseñado— «no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario».

Lo cual introduce una enorme contradicción en la realidad constitucional de Chile, si se considera que para eliminar el notable déficit democrático de la vigente, se requiere contar con el consenso de las fuerzas y de las instituciones que habían determinado, en el pasado, la crisis de la democracia y que continúan ocupando un lugar determinante en la organización constitucional del país. En palabras de un prestigioso constitucionalista español, se puede afirmar que la rigidez constitucional resulta una dificultad añadida a causa de la amplia tutela militar sobre el régimen político chileno.

#### 4. LUCES Y SOMBRAS DE LA EXPERIENCIA DE LAS TRANSICIONES «PACTADAS»

Una ulterior característica de los procesos de transición democrática consistiría en la progresiva reducción de los elementos de continuidad con el pasado, en favor de un incremento de los rasgos de discontinuidad.

Para apreciar completamente tal elemento, es necesario, en mi opinión, distinguir la noción de Constitución «pactada», de la de Constitución «de compromiso».

En los modernos ordenamientos democráticos y pluralistas, la Constitución no puede sino derivar de un «pacto» entre los ciudadanos y las instituciones, relativo a

los valores fundamentales del nuevo régimen. La Constitución no puede ser expresión homogénea de una concreta ideología, sino que debe codificar un sistema de valores y de relaciones (entre los poderes del Estado y entre éstos y los ciudadanos) que sea expresión del sentir común de varios grupos y de diversas culturas. En dicho contexto, el carácter de «compromiso» de una Constitución puede considerarse un atributo natural de las democracias modernas, en cuanto favorece una interpretación de la Constitución como expresión de la convergencia históricamente determinada entre las fuerza políticas y entre las clases sociales en torno a una perspectiva de renovación, de superación del pasado: donde se indican los objetivos a conseguir, los modos de superar la herencia del pasado, los sujetos institucionales y las fuerzas sociales que deben comprometerse en este esfuerzo.

Mientras la noción de «compromiso» sirve de presupuesto para el ejercicio operativo del poder constituyente, la noción de Constitución «pactada», en cambio, termina limitando el ejercicio del poder constituyente, favorece la difusión de situaciones de poder constituyente «guiado». En estos casos se da vida no tanto a constituciones «de compromiso», cuanto a «pactos» constitucionales para la transición, sea a causa de la evidente incapacidad de moverse hacia una superación decidida del pasado, o a causa del hecho de que las fuerzas sociales y políticas están tan divididas y enfrentadas que hacen imposible la definición de los contenidos de un nuevo sistema constitucional (10).

En el caso específico de los países latinoamericanos, además, la «transición pactada» ha asumido algunas características peculiares respecto de otras zonas, a causa del papel condicionante que han desempeñado —en algunos casos— los movimientos de guerrilla interna, —en otros— los militares.

Por ejemplo, en Colombia, un paso previo y necesario para consentir la elaboración y la promulgación de la Constitución de 1991 fue el acuerdo entre las autoridades gubernativas y los grupos guerrilleros. En sentido análogo, la revisión del texto constitucional de El Salvador se hizo posible sólo tras un acuerdo con el *Frente Farabundo Martí* en 1991. Los militares —a su vez— han sido árbitros del recorrido constituyente y, por tanto, decisivos en los procesos de transición, como en Ecuador y en Chile.

Pero, a diferencia de lo ocurrido en Portugal, donde las fuerzas militares se definieron como fuerza «progresista», esto es, de impulso hacia la superación del pasado y la realización de un ordenamiento constitucional basado en nuevos principios,

---

(10) Relativo a la experiencia de las actividades constituyentes precedidas o acompañadas por acuerdos o pactos en el continente iberoamericano, véase: D. VALADÉS: «El nuevo constitucionalismo iberoamericano», en *La Constitución española de 1978. 20 años de democracia*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1998, págs. 474 y ss.

Algunas consideraciones relativas a las Constituciones de compromiso se encuentran en BARTOLE: «Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)», *Digesto disc. pubbl.*, vol. IV, Utet, Turin, 1999, pág. 301. En términos más generales, se remite a G. ROLLA: *Costituzione materiale e riforma delle istituzioni*, Giuffrè, Milán, 1980.

en el continente iberoamericano con mucha frecuencia se configuran como elementos de conservación del *status quo*. Más que guiar la transición democrática hacia su natural conclusión —la aprobación de una nueva carta constitucional—, estas fuerzas se han preocupado de «controlar» y «monitorizar» permanentemente el proceso de transición, garantizándose su posición de eje del sistema constitucional.

Más que actores de la transición, las instituciones militares acabaron convirtiéndose en árbitro de su actuación y evolución. No por casualidad, algunos participantes en el vivo debate desarrollado en la prensa de Chile han subrayado el papel de las Fuerzas Armadas como «herramientas que permiten controlar el ejercicio del poder por parte de los órganos del Estado», especialmente en cuanto órganos que «detentan el monopolio legítimo del uso de la fuerza física, a fin de contribuir a que se restablezca la normalidad».

La reforma de la Constitución va unida a la apertura de una efectiva fase constituyente, cuando se redefine sobre nuevas bases, coherentes con los principios de separación de poderes y de soberanía popular.

En nuestra opinión, el nuevo ordenamiento constitucional debería diferenciarse del actual especialmente con relación a tres rasgos constitucionales: *a)* el papel asignado a las Fuerzas armadas en el seno de la organización del Estado; *b)* una efectiva y moderna realización del principio de separación de poderes; *c)* la creación de un auténtico sistema de justicia constitucional.

Por cuanto respecta a la posición constitucional de las Fuerzas armadas, el texto de la Constitución vigente confirma una concepción institucional peligrosamente autoritaria, que determina en las Fuerzas armadas no un orden sectorial, sino un poder del Estado —o, mejor, el poder garante del orden institucional—. Una visión constitucional que lesiona el papel de los órganos de representación política y de la propia magistratura (11).

Baste recordar, a título de ejemplo, el art. 90 de la Constitución (que reconoce a las Fuerzas Armadas como «esenciales para la seguridad nacional y para garantizar el orden institucional de la República»). El art. 93 Const., que garantiza la inamovilidad de los comandantes de las Fuerzas Armadas. El art. 96 de la Const., que —a propósito de las funciones del Consejo de Seguridad Nacional, órgano en el cual los comandantes de las Fuerzas Armadas ocupan una posición relevante— es competente para manifestar a los órganos democráticos representativos o de garantía (Presidente de la República, Congreso Nacional, Tribunal Constitucional) «su opinión frente a algún hecho, acto o materia que, a su juicio, atente gravemente en contra de las bases de institucionalidad o pueda comprometer la seguridad nacional». Asimismo, a la luz del segundo apartado de la disposición transitoria XIV, durante el período

---

(11) Sobre la posición constitucional de las Fuerzas armadas en Chile y en América latina: J. FITCH: *The armed forces and democracy in Latin America*. John Hopkins University, Baltimore, 1998; L. MEZZETTI: *Le democrazie incerte*, cit., pág. 422 y ss.; L. GOODMAN-J. RIAL: *Los militares y la democracia. El futuro de las relaciones civico-militares en América Latina*, Peitho, Montevideo, 1990.

do de inicio de la vigencia de la Constitución, los comandantes de las Fuerzas Armadas continuarán integrando la *Junta de Gobierno*.

Resulta evidente que tal concepción de la organización constitucional del Estado y de sus sistemas de garantía se presenta en aguda contradicción con los principios teóricos del constitucionalismo liberal y democrático, en los cuales debería inspirarse la Constitución de Chile conforme a su art. 4 (Chile es una República democrática): concretamente, el principio del equilibrio entre poderes y la defensa jurisdiccional de las normas constitucionales.

Es sabido que el primero de ellos tiene su génesis en la crítica al Estado absoluto y fue elaborado como solución institucional y organizativa dirigida a impedir el triunfo del imperio de la arbitrariedad. «Todo hombre (pero también toda institución) que ostenta el poder tiende a abusar de él. Alcanza hasta donde encuentra límites. Incluso la propia virtud los necesita. Para no abusar del poder se necesita que, por la propia disposición de las cosas, el poder limite al poder», afirmaba Montesquieu. Y añadía, además, que «todo estaría perdido si el mismo cuerpo... ejerciese los tres poderes, de hacer las leyes, de ejecutar las resoluciones públicas y de juzgar los delitos y las controversias de los particulares».

La validez de la idea que estaba en la base de la separación de poderes no se ha desvanecido, permanece en los modernos sistemas democráticos (es más, contribuye a calificarlos como tales). Necesita, si acaso, para desarrollar plenamente su función originaria, de algunos correctivos respecto del planteamiento originario. Tales correctivos se justifican por el hecho de que, hoy, los poderes enfrentados son mucho más articulados y diversificados que en el pasado. De un lado, la organización política del Estado se articula en una multiplicidad de órganos en situación de independencia, calificables como poderes del Estado; por otro lado, a los poderes públicos también se contraponen relevantes y determinantes poderes ubicados en la sociedad, antes que en el aparato estatal, los cuales no pueden dejar de tomarse en consideración si se quiere dar concreta actuación al criterio «el poder frena al poder», dada su influencia en la formación de los procesos públicos decisivos.

Por ejemplo, la efectividad del principio de la separación de poderes puede venir favorecida por: *a)* la introducción de reglas sobre el funcionamiento del sistema político y electoral para dificultar la cristalización del poder; *b)* la regulación de los poderes sociales, con especial referencia a los procesos económicos y a la incidencia de las innovaciones tecnológicas sobre los derechos fundamentales de la persona; *c)* la acentuación de los poderes de control, sea políticos —por parte de la oposición— sea jurídicos —confiados especialmente a una magistratura autónoma e independiente—; *d)* una equilibrada distribución de los poderes no sólo entre los poderes del Estado central, sino también entre los diversos niveles institucionales en los que se articula el Estado ordenamiento.

Igualmente, resulta difícil imaginar un ordenamiento democrático, inspirado en los principios propios del Estado de derecho, sin la existencia de un eficaz sistema de justicia constitucional. Como se ha afirmado solemnemente en la Declaración de Antigua sobre justicia constitucional (Guatemala, 1992) «la existencia de una justi-

cia constitucional se ha convertido en un elemento esencial para la garantía de la libertad y de los demás derechos fundamentales. Ésta postula en primer lugar la existencia de procedimientos específicos y eficaces en medida tal de asegurar la protección inmediata de dichos derechos respecto de las normas legislativas, de los actos inconstitucionales de los poderes públicos o de los sujetos particulares» (art. 2) (12).

Sintéticamente, puede afirmarse que constitucionalismo y justicia constitucional constituyen hoy un binomio difícilmente escindible.

En la vigente Constitución de Chile, por el contrario, los citados principios —equilibrio entre poderes y justicia constitucional— resultan débilmente cumplidos. Por cuanto concierne al primero, se pueden recordar las consideraciones desarrolladas anteriormente relativas a la posición institucional de las Fuerzas Armadas dentro de la organización política del país, a propósito de la cual no parece impropio hablar de «omnipresencia castrense y poder paralelo».

De igual modo, resulta débil la construcción del sistema de justicia constitucional e incierta la posición institucional del Tribunal Constitucional (13). Caracteriza al sistema la opción de la Constitución chilena por un «modelo» de defensa de la constitucionalidad que se configura a contracorriente respecto de la gran parte de los sistemas constitucionales. Si éstos, en general, resultan propensos a concentrar el control de constitucionalidad en órganos jurisdiccionales (sean ordinarios o especiales), en el caso de Chile, en cambio, se asiste a una especie de «diseminación» de la función (unitaria) de garantía constitucional, por lo demás codificada por el propio art. 6 Const., según el cual «los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella».

Los sujetos competentes en la materia son múltiples, y en general de naturaleza más política y administrativa que jurisdiccional. Baste considerar que la Corte suprema, de oficio o a instancia de parte, «podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución» (art. 80 Const.). La *Contraloría general de la República* ejerce el control de constitucionalidad sobre los decretos leyes y sobre los actos de la administración, controla la legalidad de la actuación administrativa (art. 88 Const.). Los problemas de constitucionalidad relativos a la materia electoral corresponden, en cambio, a la competencia del *Tribunal Calificador de Elecciones* (art. 84 Const.). Mientras, al *Tribunal Constitucional* está

---

(12) Al respecto, también para ulteriores referencias doctrinales, permítaseme reenviar a G. ROLLA: «Derechos fundamentales y Estado democrático: el papel de la justicia constitucional», en *Revista costarricense de derecho constitucional*, 2000, págs. 207 y ss.

(13) Vid. H. NOGUEIRA ALCALÁ: «Consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en América y Europa», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2000, págs. 296 y ss.; *Idem*. «El Tribunal Constitucional chileno y sus competencias: situación presente y visión prospectiva», en *Rev. per. de der. const.*, 2000, págs. 111 y ss.; *Idem*. «La jurisdicción constitucional en Chile», en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Dyckinson, Madrid, 1997, págs. 539 y ss.; *Idem*. «El Tribunal Constitucional chileno», en *Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes*. Comisión andina de juristas, Lima, págs. 111 y ss.

reservado un limitado control previo de las leyes orgánicas, los proyectos de ley, de reforma constitucional y los tratados competencia del *Congreso* (art. 82 Const.).

## 5. ALGUNAS CONSIDERACIONES SINTÉTICAS A MODO DE CONCLUSIÓN

En conclusión, reflexionando sobre el proceso de «redemocratización» que está viviendo Chile, pueden formularse algunas consideraciones sintéticas, articulables en cinco puntos:

a) con la revisión constitucional de 1989 se inició una importante transición democrática, que los hechos políticos posteriores han contribuido a consolidar;

b) el proceso de transición, sin embargo, se encuentra en una especie de limbo y espera ser completado mediante la elaboración y aprobación de una nueva carta constitucional. Y para que ello ocurra, es necesario que se ejercite un efectivo poder constituyente, especificando un «recorrido» constituyente preestablecido, incluso derogando los procedimientos de revisión constitucional previstos por la Constitución vigente;

c) el nuevo texto debería responder a los requisitos propios de una constitución de compromiso, en el sentido de codificar los principios y valores en torno a los cuales las fuerzas sociales y políticas que han realizado la transición se reconocen y especifican las reglas para un pacto de convivencia. Al mismo tiempo, la Constitución debería expresar no sólo un «juicio» respecto del pasado, sino también la introducción de normas, instituciones y procedimientos capaces de impedir que el pasado pueda repetirse;

d) por cuanto respecta en concreto a la tutela y regulación de los derechos fundamentales de la persona, resulta necesario acompañar la enumeración de los derechos garantizados con el establecimiento de instrumentos institucionales y jurisdiccionales de garantía, aptos para hacer la tutela material y efectiva;

e) con referencia a dichas instituciones, resulta necesario, en concreto: redefinir la posición institucional de las Fuerzas armadas en el seno del ordenamiento constitucional; hacer efectivo el principio de la separación de poderes; « plasmar » un orden judicial no sólo independiente, autónomo y profesionalizado, sino también sinceramente consciente y empapado de los nuevos valores constitucionales; redefinir la composición del Tribunal Constitucional y potenciar sus atribuciones de garantía jurisdiccional de la Constitución; seleccionar los supuestos que pueden legitimar derogaciones o límites al libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona; y, por último, regular de una manera bastante restrictiva y garantística «los estados de excepción constitucional».