

# La interpretación originalista de nuestra Constitución: ¿es posible y deseable?

## 1. La actividad interpretativa

Nuestra premisa es que todo sistema normativo, ya sea en su conjunto o bien respecto de determinado segmento, requiere de la interpretación para intervenir en la realidad. El Derecho es una actividad interpretativa, que construye así a lo largo del tiempo un relato o *novela en serie*.

La actividad interpretativa construye una visión de nosotros mismos, de nuestra comunidad. Pero no produce como resultado una visión única de la realidad; por el contrario, da origen a diversos relatos o *tradiciones*, las cuales se relacionan entre sí compitiendo en cuanto a su capacidad para dar cuenta de la realidad, para ofrecer la *mejor versión* de la práctica realizada, y para ampliar los horizontes disponibles a la comunidad<sup>1</sup>.

Indudablemente, tales tradiciones serán juzgadas por el público de acuerdo con la conformidad que éste tenga con los valores que inspiran a cada una de ellas. Por lo tanto, frecuentemente existirá una tradición interpretativa disponible para cada sector político o social, en la medida en que existan determinados valores que agrupen a dicho segmento. Esto explica que podamos encontrar interpretaciones marxistas, liberales, conservadoras, comunitarias, tradicionalistas, progresistas, populistas, no sólo de la

\* Licenciado en Derecho, P. Universidad Católica de Chile

<sup>1</sup> Dworkin, Ronald. *El Imperio de la Justicia*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 48- 49: "A grandes rasgos, la interpretación constructiva es una cuestión de un propósito impuesto a un objeto o práctica para hacer del mismo el mejor ejemplo posible de la forma o género al cual pertenece. A pesar de esta corta explicación, ello no quiere decir que un intérprete pueda hacer de una práctica o una obra de arte algo que habría querido que fuera... La historia o forma de una práctica u objeto restringe las interpretaciones disponibles de la misma".

historia sino también de la práctica jurídica –y de la historia de dicha práctica-. Otra cosa distinta es en qué medida dichas tradiciones encuentren asidero en la realidad. Nada impide, por cierto, que ellas no aspiren a ser descriptivas sino críticas, normativas.

## 2. Los métodos de interpretación. La interpretación originalista

La interpretación constitucional es particularmente importante y controversial debido al objeto de su atención –el pacto político fundacional de la sociedad política- y la amplitud de los enunciados que comúnmente contienen dicho tipo de textos. Este hecho da lugar a diversas tradiciones interpretativas<sup>2</sup>.

Quizás la herramienta técnica por excelencia a la que acuden dichas tradiciones interpretativas sea el conjunto de métodos de interpretación empleados por la hermenéutica jurídica. En mayor o menor medida, todas las tradiciones interpretativas emplean los métodos histórico, sistemático, lógico, gramatical.

Entre aquellos, la *interpretación originalista* destaca por las polémicas que giran en torno a ella. Algunos teóricos la defienden debido a que ella nos permite comprender el propósito que animó la adopción de determinados esquemas organizativos del sistema jurídico o de una cierta norma en particular. Contra esta opinión se levantan objeciones de diverso tipo. Algunos reclaman el derecho de cada generación a gobernarse de acuerdo a sus propios principios interpretativos. Otros aluden a la evolución de las costumbres, valores, y realidades a través del tiempo, que genera la necesidad de adaptar la comprensión que del texto se realice<sup>3</sup>. En fin, también se objeta como una falacia la posibilidad de conocer la comprensión del “legislador” debido a que éste no corresponde a un órgano o individuo nitidamente identificable. ¿Las minorías disidentes que existen en todo cuerpo legislativo no son parte del “legislador”? ¿El “legislador” es el redactor de la norma? ¿Es el cuerpo que la adopta oficialmente? ¿Su voluntad puede ser investigada como un hecho histórico o sólo como un hecho positivo, es decir, mediante documentación oficial? ¿En un cuerpo colegiado en el que hay diversas opiniones, comprensiones e interpretaciones de la norma, cuál prevalece?

Por momentos la interpretación originalista parece una simple huida del presente; pues si nos hacemos cargo de estas dificultades, tendremos que emprender la misma reflexión, argumentación y discusión interpretativa que toda interpretación requiere en el presente, con la salvedad de que se realizará teniendo a la luz el contexto del

<sup>2</sup> Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 81: “Cuando examinamos con detenimiento la trama en que consiste una práctica constitucional, es fácil advertir que ella tiene una textura relativamente poco consistente y densa. Es ésta la principal fuente de creatividad en el desarrollo de las prácticas constitucionales”.

<sup>3</sup> Aristóteles, *La Política*, Librería El Foro, Buenos Aires, s/a, p. 81: “La humanidad en general debe ir en busca, no de lo que es antiguo, sino de lo que es bueno... Además, la razón nos dice que las leyes escritas no deben conservarse siempre inmutables. La política, y lo mismo pasa con las demás ciencias, no puede precisar todos los pormenores”.

momento en que se aprobó la norma analizada y no la realidad presente. Situación que, evidentemente, siempre será más difícil a medida que dicho momento esté más alejado en el tiempo.

### 3. La práctica chilena: la Comisión Ortúzar

En el caso del derecho constitucional chileno, los dilemas que plantea la interpretación originalista son aún mayores, debido a la persistente práctica en el medio nacional de recurrir a las Actas de la *Comisión Ortúzar* con este objetivo. Indudablemente, el recurrente empleo de esta fuente se debe a las ventajas que proporciona en cuanto tal. Se trata de un amplio conjunto de volúmenes, disponibles en algunas de las principales bibliotecas del país, que contienen una gran cantidad de material interpretativo, en cuyas sesiones participaron destacados profesionales y que, por lo demás, recogen la totalidad de las discusiones y reflexiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución que dieron origen al anteproyecto del cual se sirvió sustancialmente el texto que entró en vigencia en 1980.

Ahora bien, el uso mayoritario que se ha hecho de dichas Actas para ilustrar la interpretación constitucional en sentencias, textos, y en la misma docencia, genera diversos problemas que no pueden ser obviados por los estudiosos del derecho constitucional. En primer lugar, mencionemos el hecho de que estamos ante el resultado del trabajo de una simple comisión asesora de la Junta Militar, carente de potestades de cualquier tipo, y cuyo valor intrínseco es meramente ilustrativo. Difícilmente podría identificarse, como se hace coloquialmente en algunas Escuelas de Derecho, al constituyente con la Comisión Ortúzar; cualquier ambigüedad en ese sentido debe ser eliminada de raíz<sup>4</sup>.

En segundo lugar, y como consecuencia de ello, nos enfrentamos al problema de que el anteproyecto elaborado por la Comisión Ortúzar no fue acogido en su totalidad por la Junta Militar. Dicho documento fue sometido a la revisión del Consejo de Estado —cuyas actas son menos completas, de más difícil acceso, y que a diferencia del anterior organismo no estaba compuesto únicamente de profesionales—, y finalmente fue modificado por la Junta Militar en aspectos bastante polémicos, tales como el estatuto de la propiedad minera o la misma duración del período de gobierno a partir de la entrada en vigencia del texto constitucional, lo que en aquella época se denominaba eufemísticamente por los partidarios de la dictadura como el “período de transición”.

Un tercer problema del uso de las Actas de la Comisión Ortúzar, a la luz de una interpretación democrática y republicana de la tradición constitucional, es la profunda

<sup>4</sup> Zapata, Patricio, *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Biblioteca Americana, Santiago, 2002, p. 43: “Identificar la ‘intención del constituyente’ con la opinión de los organismos asesores, sin embargo, es un error, que no por ser común deja de ser tal... De allí que los juicios vertidos en la Comisión Ortúzar o en el Consejo de Estado, muchos de ellos ilustrativos y versados, no dejan por ello de ser la opinión de asesores jurídicos”.

ilegitimidad que caracterizó la labor de quienes intervinieron a lo largo de la redacción del texto que entró en vigencia en 1980. Indudablemente quienes no compartieron ni comparten una concepción de la democracia como un valor, no han de verse afectados por esta objeción. Ahora bien, para quienes aspiren a situarse dentro de la corriente del constitucionalismo democrático y republicano, es imposible recurrir a fuentes documentales contrarias a dichos principios para encontrar la *mejor versión posible* de nuestro texto constitucional<sup>5</sup>.

#### 4. Una nueva realidad: las reformas a la Constitución

Hemos mencionado algunas objeciones a la idea misma de recurrir a las Actas de la Comisión Ortúzar en busca de la “intención del constituyente”. Ahora bien, por si no fueran argumentos suficientes, ¿no es sorprendente que se siga recurriendo en pleno siglo XXI a dichas Actas recopiladas entre 1973 y 1978?

El punto aquí no radica en la dificultad de toda interpretación originalista, enfrentada al paso del tiempo y el cambio de las sociedades. Me refiero a otro problema. ¿Es útil, a efectos de interpretar el texto constitucional, recurrir a la opinión de personas que discutieron sobre un texto que nunca vio la luz tal como ellos lo concibieron, el cual adicionalmente es el documento constitucional que más modificaciones en cantidad ha tenido en la historia constitucional de nuestro país, y que adicionalmente acaba de ser sometido a una cirugía profunda que alteró casi la totalidad de las innovaciones introducidas por sus redactores? En efecto, de los objetivos planteados por la Comisión Ortúzar y los mecanismos concebidos para su cumplimiento, tan sólo quedan intactos el reforzamiento del derecho de propiedad y de la libertad para emprender actividades económicas y el diseño del Banco Central. En cambio la proscripción ideológica, el sistema de justicia constitucional, la “democracia protegida” y tutelada por las Fuerzas Armadas, el mismo estatuto de estas últimas, incluso el exacerbado presidencialismo del texto primitivo, son todas reglas estructurantes del texto que entró en vigencia en 1980 que han desaparecido de nuestra actual Constitución. Ante esta evidencia, me atrevo a plantear la interrogante de si es posible o deseable recurrir a las Actas de la Comisión Ortúzar para encontrar la mejor interpretación de nuestra Constitución.

#### 5. ¿Es posible la interpretación originalista?

En este punto, podemos observar cómo se dificulta el recurso a las Actas de la CENC para comprender el sentido y alcance de la Constitución en su conjunto. Entre las discusiones que ella recoge y nuestro texto vigente hay una gran distancia debido a las intensas reformas incluidas en ella. Es decir, ya no se trata solamente del problema de que en ellas no hay información útil sobre el sistema de propiedad minera; estamos

<sup>5</sup> Dicho sea de paso, en mi opinión ese texto se legitimó a partir de la reforma constitucional de 1989 y la entrada en vigencia en plenitud de sus disposiciones permanentes.

hablando de que se siguen modelos contradictorios en materia de Fuerzas Armadas y su rol institucional, de control parlamentario sobre el Ejecutivo, de organización del sistema de justicia constitucional; temas de la mayor relevancia práctica e interés teórico en los cuales las Actas de la Comisión Ortúzar no son de utilidad.

Ya las reformas del '89 dejaron obsoletas a las Actas en asuntos tan discutidos como la jerarquía de los tratados internacionales o el pluralismo ideológico. Y la práctica constitucional misma descalificó supuestas innovaciones de la Carta que nunca tuvieron el peso que la Comisión Ortúzar supuso que tendrían, como la idea del "Dominio Máximo Legal". En efecto, la atención de la comunidad jurídica no ha estado nunca puesta en este asunto, sino en el más complejo y matizado de la reserva legal y el ámbito de la potestad reglamentaria de ejecución.

En definitiva, en las Actas de la Comisión Ortúzar no se refleja, ni nunca se reflejó a cabalidad, el sistema o diseño de nuestra Constitución ni sus principios estructurales. Esta interpretación originalista no es posible.

## 6. ¿Es deseable la interpretación originalista?

Ahora bien, también hay un problema valórico en emplear las Actas de la Comisión Ortúzar para ilustrar la comprensión del texto constitucional. En efecto, de guiarnos por la interpretación que dicho órgano hacía del diseño institucional, estaríamos suscribiendo un esquema de distribución de poderes ampliamente rechazado por la sociedad y centrado en las limitaciones a la democracia y la tutela militar.

Esta es una inspiración que debemos rechazar, pues no nos ayudará a encontrar la versión de la Constitución más acorde con la democracia. Incluso en asuntos que no han sido reformados todavía, como los *quora* de leyes orgánico-constitucionales y leyes de quórum calificado, debemos apartarnos de la interpretación extensiva que haría de dichos preceptos la Comisión Ortúzar siguiendo su concepción de la democracia protegida. De otra forma, estaremos siendo desleales con los esfuerzos realizados desde 1980 por importantes sectores para reubicar a nuestra Constitución dentro de la tradición democrática y republicana chilena. Esta interpretación originalista no es deseable.

## 7. Conclusiones:

- a. Si entendemos por "interpretación originalista" el uso de las Actas de la CENC para comprender el sentido y alcance de la Constitución en su conjunto, estaremos cometiendo un error pues en ellas no se refleja, ni nunca se reflejó a cabalidad, el sistema o diseño de nuestra Constitución ni sus principios estructurales. Esta interpretación originalista no es posible.
- b. Si entendemos por "interpretación originalista" el uso de las Actas de la CENC para comprender el sentido y alcance de la Constitución en su conjunto, esta-

remos siendo desleales con los esfuerzos realizados desde 1980 por importantes sectores para reubicar a nuestra Constitución dentro de la tradición democrática y republicana chilena. Esta interpretación originalista no es deseable.