

FJG

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN

#1936
Edición

MIRADA POLITICA

NOVIEMBRE
2019

¿NECESITA CHILE

UN PROCESO CONSTITUYENTE?



Foto: t13.cl

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos días, la izquierda ha querido establecer que “el modelo” surgido de la Constitución de 1980 es la causa de los malestares de la sociedad chilena. Dada la supuesta ilegitimidad, hermetismo y falencias democráticas de la Carta Fundamental, se hace necesario un proceso constituyente, planteando una asamblea constituyente, como la solución a todas las injusticias que afectarían a Chile. Sin embargo, una mirada atenta de estas experiencias constituyentes, propiciadas por las izquierdas más extremas de América Latina en las últimas décadas, muestra que se ha utilizado como un mecanismo para concentrar el poder en el Ejecutivo, despreciando la democracia representativa y evitando los contrapesos institucionales. Pretenderlo para Chile sería renunciar al desarrollo institucional que ha fundado en la representación política el cauce adecuado y democrático para la adopción de decisiones políticas. No parece razonable, entonces, transitar ese camino. El actual texto constitucional –legitimado de múltiples maneras– ha realizado aportes significativos a la estabilidad y gobernabilidad del país desde el retorno a la democracia. Uno de ellos fue incorporar mecanismos para que las mayorías no arrasen los derechos de las minorías, pues la finalidad de las constituciones es, precisamente, garantizar la libertad y la dignidad de todas las personas.

II. LA IZQUIERDA Y LA CONSTITUCIÓN DE 1980

El estado de crispación que reina actualmente tendría su causa en un texto constitucional que sería repudiado por la mayoría ciudadana y que, en consecuencia, debiera ser reemplazado por otro que interpretara a todos, mediante un Proceso Constituyente por definirse, pero en el que la izquierda ha manifestado su preferencia por una asamblea constituyente que tenga el efecto de purificar las instituciones, para conformar lo que se conoce como un Estado Social de Derechos. Se supone que bajo ese Estado ideal se terminarán los conflictos, se erradicará la pobreza y las riquezas naturales pertenecerán a todos. El Estado social y los que estén a su cargo, nos permitirían alcanzar la felicidad plena.

Se nos ha dicho que las instituciones actualmente vigentes impedirían hacer realidad ese ideal. La confabulación de los más poderosos, que se resistirían a perder sus privilegios y posición ventajosa frente a las grandes masas postergadas, implicaría que toda discusión para cambiar las reglas del sistema con arreglo a sus principios y normas sea una imposibilidad total. Todo debate sería estéril, pues las leyes de quórum y el sistema electoral serían obstáculos formidables e invencibles que repelen el diálogo ciudadano y la posibilidad de crear consensos que permitan dotar a nuestro país de instituciones aceptadas por todos.

Todas estas consignas tienen un sustrato ideológico muy parecido a las ideas actualmente en boga entre la izquierda de Hispanoamérica –como ya lo hicieron en el pasado reciente y a pesar de la caída del Muro de Berlín vuelven a hacerlo–, el cual es la construcción de un hombre nuevo y la superación de la democracia representativa mediante el impulso de los movimientos sociales. En efecto, al examinar su discurso, es posible advertir una propuesta de desinstitucionalización, considerada necesaria para que surjan nuevas formas de distribución del poder.¹ En síntesis, un avance hacia la atomización de las organizaciones con el propósito de concentrar el poder en un órgano único –que puede ser el Ejecutivo– pero sin necesidad de rendir cuentas y evitando los equilibrios institucionales. Por algo la principal consigna en Argentina por estos días es “vamos por todo” aludiendo a la concentración máxima de las facultades y atribuciones en la presidencia, en desmedro de los demás poderes del Estado.² Por otra parte, es curioso constatar que entre las fuerzas de izquierda extrema de España también se presentan cuestionamientos a la legitimidad de una de las constituciones que en Chile se cataloga como un modelo de la adopción de un texto consensuado, y con un modelo de Estado social.³

¹ Al efecto puede verse: Zizek, Slavoj, *El más sublime de los histéricos*, (Paidós), 2013; Rosanvallon, Pierre, *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*, (Manantial), 2011; y Rosanvallon, Pierre, *La nueva cuestión social. Repensar el estado providencia*, (Manantial), 2011. En el plano doméstico puede revisarse: Salazar, Gabriel, *En el nombre del Poder Popular Constituyente (Chile, Siglo XXI)*, (LOM Ediciones), 2011.

² Véase Levy, Eduardo y Novaro, Marcos, *Vamos por todo*, (Sudamericana), 2013.

³ Por ejemplo, con motivo de la última celebración del día de la Constitución española (6 de diciembre de 2012) uno de los coordinadores de las fuerzas de izquierda, el diputado Cayo Lara, se abstuvo de asistir a la ceremonia de Estado que se organizaba afirmando que “*nuestra democracia, nuestra Constitución y nuestra soberanía nacional están secuestradas por la troika y los mercados*”. El planteamiento de este diputado español coincide con lo declarado por sectores de izquierda que se plantearon contrarios a las reformas económicas impulsadas durante la crisis. Otros cuestionaron su legitimidad de origen, considerando que la Constitución de 1978 se redujo a un acuerdo político entre cúpulas.

III. APORTES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980

Entre sus aportes más significativos al desarrollo dogmático constitucional se pueden señalar los siguientes: (a) la proclamación de la dignidad humana como elemento principal del sistema jurídico, así como el reconocimiento de la libertad de todas las personas; (b) el reconocimiento de un orden natural del cual forman parte la persona, la familia, los grupos intermedios y el Estado; (c) el reconocimiento y respeto de la autonomía de los cuerpos intermedios entre la persona y el Estado, y el rol subsidiario de éste; (d) el afianzamiento del principio de servicialidad y responsabilidad del Estado; (e) la orientación de este último hacia la promoción del bien común, en una tarea que le cabe de manera conjunta con las demás personas, instituciones y grupos; (f) el establecimiento de preceptos que, de manera explícita, fijan el carácter vinculante de la Constitución, tanto para titulares e integrantes de los órganos del Estado como respecto de toda persona, institución o grupo, encarnando así la fuerza normativa de la Carta Magna, esto es, el principio de aplicación directa y no mediatizada de sus normas; (g) la reciente incorporación de los principios de probidad y de publicidad de los actos de los órganos del Estado; y, (h) la proscripción del terrorismo en cualquiera de sus formas.

En materia de derechos de las personas, es digno de mencionar el rol que cabe a éstos como límites de la soberanía, así como el deber de respeto y promoción que le corresponde al Estado acerca de los mismos, según el orden constitucional y los tratados internacionales suscritos por Chile que se encuentren vigentes. En el catálogo de los derechos, libertades y bienes jurídicos que hoy gozan de protección explícita se puede mencionar el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica de las personas, el repudio y prohibición de diferencias arbitrarias, el debido proceso, el principio de legalidad, el respeto y protección de la vida privada y de la honra, la libertad de conciencia, la tutela del

medio ambiente, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, la libertad de afiliación y desafiación a asociaciones de cualquier género, el estatuto de las libertades económicas, el robustecimiento de los derechos de propiedad y sus atributos y facultades, y, por último, la protección de los derechos en su esencia.

En el marco de lo señalado, los tribunales que componen el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y los restantes órganos jurisdiccionales han desarrollado una cultura y valores constitucionales que resumen la tradición y las innovaciones que introdujo la Carta de 1980 y las reformas a su texto consensuadas desde 1989. Lo anterior ha permitido, incluso, desarrollar criterios y formas interpretativas que exceden con creces la labor de discernir qué quisieron decir al redactar los textos en análisis los miembros de la Comisión de Estudios de una Nueva Constitución, el Consejo de Estado, la Junta de Gobierno o los integrantes del Congreso Nacional, en su caso.

Con todo, los avances de la Carta de 1980 no se reducen a la dogmática, los derechos y garantías constitucionales, el desarrollo de una hermenéutica especial y la fijación judicial del sentido de la Constitución. Es interesante consignar aquí el diseño de instituciones como (a) el Presidente de la República, sus atributos, facultades y potestad reglamentaria; (b) el Congreso Nacional, la formación de la ley, los quórum constitucionales diferenciados según la materia de que trate la ley, más la valiosa definición de “ley” que contiene el artículo 63 N°20; (c) un Poder Judicial que es más que la mera administración de justicia; (d) un Tribunal Constitucional robusto y activo; (e) una Contraloría General dotada de misiones claras; (f) el estatuto autónomo del Banco Central; (g) además de definiciones sólidas en el orden regional, provincial, municipal y territorios especiales.

IV. PROCESO CONSTITUYENTE: ASAMBLEA CONSTITUYENTE

Los objetores de la Constitución de 1980 de forma permanente han señalado que uno de los principales problemas de la Constitución es su origen autoritario. Sin embargo, a nuestro juicio, olvidan que el concepto de legitimidad de la norma constitucional no se construye únicamente por el origen. De lo contrario, hasta la propia Constitución de Estados Unidos, modelo del constitucionalismo moderno, carecería de valor, tal como lo ha planteado Fallon: *“Hoy el presupuesto de que la Constitución es jurídicamente válida es indudablemente correcto. Pero la situación fue alguna vez incierta. Antes de la ratificación de la Constitución, los Artículos de la Confederación que vinculaban a los entonces trece estados, establecían que cualquier cambio significativo en sus términos requería de la unanimidad de los congresos estatales. Ignorando este requisito, la Constitución redactada en la Convención Constitucional determinó que entraría en vigor con la ratificación de los congresos de sólo nueve estados. Bajo tales circunstancias, era cuestionable en 1787 y 1788 que la ratificación requerida era legalmente legítima (...) Ciertamente, las respuestas a tales interrogantes no fueron resueltas a través de decisiones de la Corte Suprema o de cualquier otro tribunal, sino por la aceptación de la nueva Constitución como legalmente válida. Como es natural con la legitimidad sociológica, la aceptación nunca fue probablemente unánime”*.⁴

Lo que resalta Fallon en su trabajo es que para hablar de legitimidad resulta necesario distinguir entre la forma del mandato normativo de la Constitución: es decir, (a) su naturaleza formal que justifica que sea reconocida y respetada como tal; (b)

su aceptación “sociológica”, que se refleja en la aceptación del pueblo y sus representantes; (c) y la “moral”, que se refiere a la aceptación de los valores constitucionales que propone. En la Constitución de 1980 podemos apreciar que, independiente del contexto político de aprobación, la carta ha sido reconocida invariablemente por todos como la norma jurídica constitucional válida. Por otra parte, las sucesivas reformas han logrado adaptar el texto a las necesidades políticas, lo que fue reconocido por el propio ex presidente Ricardo Lagos, cuando señaló estar conforme con tener una constitución que represente a todos: *“Este es un día muy grande para Chile. Tenemos razones para celebrar. Tenemos hoy por fin una Constitución democrática, acorde con el espíritu de Chile, del alma permanente de Chile, es nuestro mejor homenaje a la independencia, a las glorias patrias, a la gloria y a la fuerza de nuestro entendimiento nacional”*.⁵ Además, se trata de un texto al que no se le reprochan sus valores constitucionales, tales como la posición de la dignidad de la persona, sus derechos, la servicialidad del Estado, y los otros que ya hemos mencionado. En consecuencia, el reproche de legitimidad es simplista, pues desconoce un criterio complejo como el de la legitimidad constitucional.

Los objetores de la Constitución olvidan también los grandes acuerdos políticos y las innumerables reformas que ha sufrido el texto constitucional. Las numerosas reformas que comenzaron en 1989, en las que al pueblo le cupo participación de manera directa a través del plebiscito o mediante la acción de sus representantes, nos permiten afirmar que la voluntad popular la ha asumido como un texto dotado de legitimidad y valor jurídico vinculante.

⁴ Fallon, Jr., Richard, “Legitimacy and the Constitution”, en Harvard Law Review, Vol. 118, N°6, 2005, pp.1787-1853

⁵ Discurso del ex Presidente Ricardo Lagos Escobar al promulgar la Ley 20.050, que introdujo las reformas constitucionales y que fijó el texto refundido de la Carta Política, 17 de septiembre de 2005. Disponible en <https://bit.ly/2rctj9Y>



Foto: eldesconcierto.cl

Cuando los propiciadores de una asamblea constituyente para Chile elaboran sus críticas consideran que la visión valórica –que ciertamente tuvo la actual Constitución al definir los principios y reglas del proceso político– no es compartida por toda la población. Dos preguntas surgen de inmediato. La primera es cómo sustentan empíricamente que el pueblo chileno no comparte los valores de la actual Constitución. Quienes creemos que sí los comparte, por de pronto podemos basarnos en el reconocimiento que le han mostrado nuestros representantes, desde 1990 hasta hoy, al texto constitucional como norma fundamental, habiendo aceptado con lealtad constitucional sus preceptos e intentado mejorarla en aquellos puntos en los que discrepaban. Situación distinta y en extremo compleja sería afirmar que todos nuestros representantes elegidos por el pueblo desde 1989 (incluyendo a los presidentes y parlamentarios) no han sido representativos de la ciudadanía, y que hemos vivido por más de dos décadas en un aparente sueño democrático, pero gobernados por representantes ilegítimos.

La segunda pregunta es por qué creen tan firmemente que el proyecto político y social que pretenden impulsar mediante una asamblea –y que ciertamente también tendría una clara adscripción valórica– sí sería compartido ampliamente. Y, en esa lógica, qué tan extendido sería su mandato fundacional. Esto nos parece relevante porque, como decíamos con anterioridad, algunas constituciones adoptan resguardos más

intensos frente a las posibilidades de reforma de sus propias disposiciones, extendiéndoles una especial protección a ciertos principios políticos o contenidos jurídicos que consideran particularmente relevantes. Así, por ejemplo, las constituciones de Alemania, Brasil, Chile, Ecuador, Portugal, Perú y Puerto Rico lo han hecho en materia de derechos fundamentales.⁶ La interrogante que surge, entonces, es si podría un poder constituyente originario, expresado en una asamblea, debilitar o eliminar los principios políticos y jurídicos básicos que claramente están vedados para el poder constituyente derivado y desconocer, por ejemplo, que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como en el caso chileno lo precisa el inciso 2° del artículo 5 de la Constitución de 1980.

No resulta baladí, entonces, primero por las graves consecuencias de afectación de los derechos fundamentales que podrían seguirse de la sustitución o reblandecimiento de este límite y, segundo, porque cuando se señala que mediante una asamblea constituyente es posible volver a configurar una tradición de discusión, debate y síntesis jurídica que entregue como resultado un nuevo ordenamiento político, es necesario ver qué ha sucedido en otros países de la región. Esta comparación no es antojadiza, pues muchos de sus principales impulsores son precisamente quienes manifiestan como un ejemplo digno de imitar los procesos y transformaciones recientes acaecidas en América Latina.

⁶ Entendemos por derechos fundamentales, esenciales o humanos, el conjunto de “derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son, y deben ser siempre, reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico”. Cea, José Luis, *Derecho constitucional chileno*. Tomo I, (Editorial Universidad Católica de Chile), 2002, p.221.

V. CONCLUSIONES

El decaimiento de los partidos políticos se manifiesta de muchos modos, pero tal vez una de las más visibles es la abierta pérdida de sentido institucional que los ha llevado a la obsecuencia frente a las voces que surgen desde las calles, levantadas por pulsiones sociales cuya representatividad es absolutamente cuestionable y que, en último término, no hacen sino expresar intereses políticos de la izquierda –derrotada en las urnas con este proyecto– y que no necesariamente están en consonancia con el interés general del país.

El desborde de los partidos puede transformarse en un fenómeno altamente inconveniente para la vida institucional y que éstos se sumen de modo desaprensivo a iniciativas de asamblea constituyente, sin rumbo ni contenidos definidos y sin ninguna posibilidad real de encauzar el debate, es un fenómeno que debiera ser objeto de reflexión profunda. El lugar en que los cambios constitucionales debieran provocarse y discutirse es el de las instituciones y no el de las asambleas.

Frente al reclamo impetuoso y apasionado para que se convoque a una asamblea constituyente, cabe responder con

una reflexiva calma, distinguiendo entre aquellas materias que resultan plausibles de ser sometidas a la deliberación democrática en el marco institucional vigente, en función de la generación de consensos políticos y jurídicos amplios con pretensión de ser preservados constitucionalmente fuera de la contingencia legislativa, de aquellas otras que surgen de voces ditirámicas que han creído reconocer en el frenesí de la coyuntura movilizadora una suerte de “momento constitucional” que permita refundarlo todo.

En efecto, algunos han hablado de un “momento constitucional” dando a entender que –gracias al empuje de los movimientos sociales– están dadas las condiciones para una refundación institucional. Pero tal como señala el autor que dio origen a la expresión “momento constitucional”, no debe confundirse éste con una “solución constitucional”, es decir, con el traspaso de un reclamo social que puede implicar cambios significativos, pero que no genera un nuevo régimen.⁷ Fuera de ello, hay algunos debates que requieren encontrar consensos, requieren mayor profundización y, eventualmente, pueden culminar en una “solución constitucional”. Pero esto dista bastante de la necesidad de provocar un cambio tan radical a nuestro régimen constitucional.

⁷ Véase Ackerman, Bruce, “Generation of Betrayal?”, en *Fordham Law Review*, Vol. 65, N°4, (Fordham University School of Law), 1997, pp.1519-1536. El autor cita como ejemplo el voto femenino y la fundación de Estados Unidos como la “solución constitucional” y el “momento constitucional” respectivamente.



Capullo 2240, Providencia.

www.fjguzman.cl

 /FundacionJaimeGuzmanE

 @FundJaimeGuzman

 @fundacionjaimeguzman