

COMENTARIO

Claudia Heiss Bendersky

El programa de gobierno de la Nueva Mayoría propone cambiar la Constitución a través de un mecanismo democrático, institucional y participativo. ¿Cómo materializar tal propósito? ¿Son mutuamente compatibles estas tres características? Es el tema que han abordado los abogados Francisco Zúñiga, Fernando Atria y Jorge Correa, para iniciar el seminario sobre el cambio constitucional en Chile y la posibilidad de avanzar hacia un pacto nacido en democracia. En sus intervenciones, los expertos coinciden en relevar dos temas centrales: el de la irremediable falta de legitimidad de la Carta Fundamental que hoy nos rige y la discusión sobre mecanismos más o menos rupturistas para cambiarla.

La primera pregunta, sobre la legitimidad, se refiere al aspecto político que hace deseable reemplazar el texto constitucional para que pueda cumplir el rol de un acuerdo fundamental capaz de generar adhesión en la ciudadanía. La segunda, sobre el mecanismo, apunta a buscar cómo superar la clásica dicotomía entre revolución y reforma.¹ Al respecto, Zúñiga, Atria y Correa coinciden en la necesidad de alternativas que no quiebren la convivencia política —ninguno propone un mecanismo rupturista o revolucionario— aunque tienen matices respecto de cuánto es posible o aconsejable tensionar el sistema en busca del cambio constitucional. Concuerdan, al mismo tiempo, en que con las actuales normas no hay espacio institucional para generar un cambio democrático y participativo, como plantea el programa de gobierno.²

El problema de la legitimidad y el del mecanismo están entrelazados. No parece existir una forma de modificar de manera sustantiva, por los canales institucionales establecidos, una Constitución diseñada para no ser modificada y que da, en los hechos, poder de veto a la minoría que la instituyó y/o a sus herederos.³ Por otra parte, es justamente la participación y capacidad de responder a la ciudadanía lo que podría dar legitimidad a una nueva Constitución.

Francisco Zúñiga invita a explorar la posibilidad de negociar cambios a los mecanismos de reforma, abriendo un espacio de discusión sobre las reglas para modificar la Carta Fundamental. Cambiar las reglas del juego para construir un consenso constitucional requiere un pacto político, señala. No parece evidente, en este punto, por qué quienes rehúsan cambiar la Constitución estarían disponibles para modificar sus mecanismos de reforma.

1 ARATO (2012), p. 174.

2 BACHELET (2014-2018), p. 35.

3 HEISS & NAVIA (2007).

Fernando Atria, en tanto, enfatiza que la forma, es decir, el mecanismo para el cambio de la Constitución, es inseparable del contenido. Los cambios dependerán de quién los haga y cómo. Esto incluye, especialmente, la fuerza de la demanda social y política por el reemplazo constitucional.

Jorge Correa opina que no existe hoy en día un mecanismo institucional viable y, por tanto, es mejor hablar directamente del contenido: qué es lo que se quiere modificar de la actual Constitución. Para ser democrático, señala, un procedimiento debe al mismo tiempo ser institucional porque no existe igual participación sin sujeción a reglas.

Los tres abogados coinciden en identificar una tensión entre la condición participativa y lo institucional de un eventual mecanismo. Así, entonces, ¿cómo conciliar el respeto por la legalidad e inclusión de todos los actores, con la imposibilidad de cambio que determina, por diseño, la actual Constitución? Si no hay, en las actuales condiciones, una salida verdaderamente institucional, el desafío es encontrar un curso de acción que sin ser “rupturista” permita sortear las trabas al cambio. Este puede vincularse con la posibilidad de negociar la reforma de la reforma (Zúñiga), con mecanismos innovadores apoyados por una amplia movilización social (Atria), o con reducir la ansiedad política respecto de los contenidos que se quiere modificar sin dejar de apuntar a la amenaza social que representa mantener el *statu quo* (Correa).

La crisis de legitimidad de las instituciones políticas en Chile no es exclusiva responsabilidad de la Constitución de 1980. Desde las protestas en Seattle contra la Organización Mundial de Comercio, el año 1999, ha surgido un cuestionamiento global a la democracia representativa asociada al orden financiero internacional, que hizo del “manifestante” el personaje del año de la revista *Time* el año 2011⁴ y que ha producido una abundante literatura teórica en la última década. La participación no institucionalizada y la demanda por mecanismos de consulta directa a la ciudadanía no es patrimonio de nuestra realidad, con el agravante de los enclaves de la dictadura.

A los cuestionamientos generales que la teoría y la práctica plantean hoy a las democracias liberales, Chile añade una institucionalidad que carece de legitimidad no solo por su origen, sino por su incapacidad de reflejar la voluntad ciudadana. A partir de las reformas de 1989 y la inauguración de lo que Cristi y Ruiz-Tagle llaman la República Neoliberal en Chile,⁵ la Constitución no logra, a pesar de sus numerosas enmiendas, cumplir su función de constituir un marco ampliamente aceptado por todos los sectores. Por el contrario, constituye un muro de contención que obstaculiza el desarrollo normal de la política y exacerba las divisiones.

4 Véase: <<http://content.time.com/time/person-of-the-year/2011/>>

5 CRISTI & RUIZ-TAGLE (2006), p. 81.

Muchos países han vivido, en el último tiempo, procesos constituyentes motivados por transiciones a la democracia o por situaciones de conflicto interno. De las casi 200 constituciones de comienzos del siglo XXI, más de la mitad fueron escritas o re-escritas en los últimos 40 años. Esta situación no es solo una realidad de democracias incipientes; también las democracias estables han alterado significativamente sus constituciones durante los últimos años.⁶ Esto ha dado pie a varios proyectos comparados dedicados a dar asistencia técnica y estudiar el cambio constitucional desde un enfoque que incluya, entre otras, las miradas del derecho y la ciencia política.⁷

El reemplazo constitucional en Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), junto con los de Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993) y República Dominicana (2010), ha llevado a algunos autores a distinguir mecanismos de difusión en América Latina y observar una tendencia a ampliar derechos⁸ y mecanismos de democracia directa⁹ en las Cartas Fundamentales.

Al comparar los casos de cambio constitucional en la región aparece con claridad la relevancia de la dimensión simbólica del texto constitucional, así como la voluntad de reestructurar las relaciones entre Estado y sociedad, lo que no siempre se materializa. El trabajo de Gabriel Negretto¹⁰ analiza la relación entre presidentes, congresos y partidos políticos en la elección de determinadas instituciones en el diseño constitucional. En lugar de considerar el marco institucional como un escenario constante sobre el que se desarrolla la contienda política, Negretto examina el origen del diseño constitucional en perspectiva comparada. Su trabajo revela que América Latina ha tenido una media de 5,7 constituciones por país, con una duración promedio de 22,6 años.¹¹ Como parte del amplio proceso de reformas a partir de las transiciones a la democracia de la década de 1980 se han desarrollado varias asambleas constituyentes y plebiscitos. Algunas cartas fundamentales incorporan normas flexibles para su reforma. Otras, como Chile, Brasil, República Dominicana, El Salvador, Perú y Honduras, ostentan una mayor rigidez institucional. El proceso de reformas incluye, con frecuencia, la creación de tribunales constitucionales; la incorporación en las constituciones de nuevos derechos, incluidos los Derechos Humanos; un nuevo papel del derecho internacional; y nuevas funciones del poder judicial en el combate a la corrupción gubernamental.

6 NOLTE ET AL. (2012), p. 4.

7 Algunos ejemplos son el Constitution Building Project de IDEA Internacional (www.idea.int/cbp); el Constitution Writing and Conflict Resolution Project, financiado por el US Institute of Peace (<http://www.princeton.edu/~pcwcr/>) y el Comparative Constitutions Project (<http://comparativeconstitutionsproject.org/>).

8 GARGARELLA (2013).

9 ALTMAN (2010); NEGRETTO (2013).

10 NEGRETTO (2013).

11 Constituciones Políticas más longevas son las de Chile 1833, México 1917 y Argentina 1853.

Por su parte, Roberto Gargarella¹² ha criticado la ampliación del listado de derechos constitucionales sin que ello vaya acompañado de una redistribución del poder en la orgánica constitucional. Los presidentes, argumenta, siguen teniendo herramientas desmedidas para imponer su voluntad sobre otros poderes del Estado y sobre la ciudadanía. El resultado es poner en contradicción nuevos derechos y expectativas ciudadanas con la realidad constitucional. Una sección de la Constitución se vuelve contra la otra.

En todos estos casos, la legitimidad de las instituciones políticas y el papel simbólico de la Constitución han jugado un rol central. El concepto de legitimidad es el que vincula la dimensión política de la Carta Fundamental con su aspecto jurídico. Así, para Fernando Atria es justamente la acción neutralizadora de la Constitución la que le impide superar su ilegitimidad. Francisco Zúñiga señala que el procedimiento para el cambio constitucional es una cuestión política que depende de lo que Bruce Ackerman ha llamado el “momento constitucional”¹³ y sostiene que, desde este punto de vista, el ejercicio del poder constituyente del pueblo vía una asamblea constituyente sería el óptimo. Sin embargo, el óptimo, no necesariamente es políticamente viable. La legitimación, en efecto, implica participación popular pero también continuidad histórica, de allí que el llamado de los constitucionalistas esté lejos de ser revolucionario.

No hay duda que el tema de la legitimidad es el corazón del actual problema constitucional en Chile. Es posible que algunos vean en la asamblea constituyente una encarnación de la voluntad del pueblo, al modo como entienden el concepto de soberanía Jean Jacques Rousseau o Carl Schmitt. Sin embargo, parece razonable advertir que una asamblea de este tipo es, como cualquier órgano de representación, susceptible de representar mal y de ser manipulada.

Dado que nuestro sistema político se encuentra seriamente limitado por la Constitución de 1980 y el sistema electoral binominal, una asamblea constituyente o una convención podrían ser opciones mejores que el Congreso, si se quieren evitar las distorsiones ya conocidas que impone el ordenamiento actual. Sin embargo, Andrew Arato señala que un proceso constituyente debería considerar al menos tres niveles o etapas de legitimación:¹⁴ i) Legitimidad de origen, a través de mecanismos participativos y de consulta sobre si se quiere o no una nueva Constitución, o sobre cómo elegir a los representantes de una eventual asamblea constituyente; ii) Legitimidad de los mecanismos de toma de decisiones: cómo regular el debate y las reglas de votación para la toma de decisiones en el proceso constituyente; iii) Legitimidad de la ratificación de la Constitución, vía plebiscito sobre el resultado.

12 GARGARELLA (2013).

13 ACKERMAN (1991).

14 ARATO (2011); ARATO (2012).

Arato observa que cada comunidad debe determinar su propio camino de acuerdo con su realidad particular, incluidas su tradición, necesidades y demandas. En Chile tenemos, no cabe duda, una seria crisis de legitimidad institucional. Pero parece importante recoger la idea, sugerida en la mesa de discusión, de que una asamblea constituyente también está sujeta a las dificultades inherentes a todo órgano de representación política. Ninguna asamblea, por más democrática que sea su generación, será exactamente equivalente a la voluntad popular. Es por eso que la idea de establecer múltiples instancias para la participación y un proceso de varias etapas de legitimación democrática podría complementar sus beneficios.

En ese contexto, la opinión de la mesa de discusión sobre la posibilidad de elaborar una nueva Constitución a través de un mecanismo democrático, institucional y participativo es pesimista. Jorge Correa ha rechazado de manera tajante cualquier alejamiento de la legalidad actual en nombre de la legitimidad. En consecuencia, la participación en un proceso constituyente en el marco de las actuales reglas tendría que limitarse a recoger opiniones no vinculantes de la ciudadanía. Por su parte, Fernando Atria y Francisco Zúñiga parecen tener algo más de expectativas sobre posibilidades de cambio, por la vía del resquicio legal apoyado por presión social o a través de la negociación política.

A diferencia de las crisis de representación que se observan en otras latitudes, la situación chilena se vincula con una herencia antidemocrática por la que las trabas y supermayorías que preservan el estado de cosas no corresponden a la rigidez constitucional en defensa de un pacto político, sino a un “parapeto” —en palabras de Francisco Zúñiga— para mantener conquistas obtenidas a la fuerza por un grupo minoritario.

La discusión previa entre Francisco Zúñiga, Fernando Atria y Jorge Correa Sutil permite concluir que estamos ante una disyuntiva política y no jurídica. Su resolución dependerá del curso que tomen las ideas, actores e instituciones políticas del país. Los abogados han sido los primeros en señalar que los acuerdos fundamentales de una sociedad no son un asunto técnico. Jon Elster,¹⁵ entre sus recomendaciones para la elaboración de constituciones, sugiere reducir al mínimo el papel de los expertos, argumentando que las soluciones son más estables cuando obedecen a consideraciones políticas y no técnicas; a veces, señala, es necesario establecer normas deliberadamente ambiguas para alcanzar el consenso, pero previniendo que esto será resistido por los juristas.¹⁶

15 ELSTER (1995).

16 ELSTER (1995), p. 395.

La historia y la teoría política tienen mucho que aportar a la discusión constitucional actual. El campo de los estudios constitucionales comparados puede también ofrecer elementos útiles al debate en Chile. Hace solo dos años, *Oxford University Press* publicó su primer manual en esta área, con contribuciones de constitucionalistas, científicos políticos y jueces, entre otros. Nuevas revistas especializadas y colecciones en prestigiosas editoriales han surgido en años recientes para promover el diálogo en torno a las ideas políticas, las instituciones y el Derecho. La coyuntura actual que vive el país podría beneficiarse de imitar estos ejemplos y superar barreras para producir una mirada interdisciplinaria alrededor de nuestro apremiante y persistente problema constitucional.

Bibliografía

ACKERMAN, Bruce (1991): *We The People: Vol I, Foundations*, Belknap Press, Cambridge.

ALTMAN, David (2010): *Direct Democracy Worldwide*, Cambridge University Press, Cambridge.

ARATO, Andrew (2011): “Multi-Track Constitutionalism Beyond Carl Schmitt”. *Constellations*, Vol. 18, issue 3.

_____ (2012): “Conventions, Constituent Assemblies, and Round Tables: Models, Principles and Elements of Democratic Constitution-making”, *Global Constitutionalism*, Vol. 1, N° 1.

ATRIA, Fernando (2013): *La Constitución tramposa*, LOM, Santiago.

BACHELET, Michelle (2014-2018): *Programa de Gobierno 2014 – 2018*. Disponible en: <<http://michellebachelet.cl/programa>>/

CRISTI, Renato & Pablo RUIZ-TAGLE (2006): *La República en Chile. Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano*, LOM, Santiago.

ELSTER, Jon (1995): “Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process”, *Duke Law Journal*, Vol. 45, N° 2.

GARGARELLA, Roberto (2013): *Latin American Constitutionalism 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*, Oxford University Press, New York.

HEISS, Claudia & NAVIA, Patricio (2007): “You Win Some, You Lose Some: Constitutional Reforms in Chile’s Transition to Democracy”, *Latin American Politics and Society*, Vol. 49, issue 3.

NEGRETTO, Gabriel (2013): *Making Constitutions: Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America*, Cambridge University Press, Cambridge.

NOLTE, Detlef & SCHILLING-VACAFLOR, Almust (2012): *New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices*, Ashgate, Burlington.