



Universum. Revista de Humanidades y
Ciencias Sociales

ISSN: 0716-498X

universu@utalca.cl

Universidad de Talca
Chile

Suárez Crothers, Christian

LA CONSTITUCIÓN CELDA O "STRAIGHTJACKET CONSTITUTION" Y LA DOGMÁTICA
CONSTITUCIONAL

Universum. Revista de Humanidades y Ciencias Sociales, vol. 1, núm. 24, 2009, pp. 248-271

Universidad de Talca
Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=65027766014>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

RESUMEN

El concepto de “constitución celda o camisa de fuerza” contenido en este artículo hace referencia a una constitución de principio no democrático, que se mantiene pese a las reformas sucesivas que le han sido introducidas, incluso durante el año 2005. El autor sostiene la importancia de establecer una nueva Constitución que recoja los valores democráticos, establezca un sistema de fuentes basado en el principio de mayoría, permita un auténtico patriotismo constitucional y posibilite una dogmática de los derechos humanos que no esté limitada por la omnipresente interpretación de los derechos y por la concepción propietaria de los mismos. Lo anterior como un requisito indispensable para ampliar la base del cuerpo político y para poner término al desprestigio de la política y de los partidos, manifestado especialmente en el alejamiento de los jóvenes del sistema que en ella se inspira.

Palabras claves:

Constitución Celda o Camisa de Fuerza - Dogmática Constitucional - Principio de Mayoría - Nueva Constitución.

ABSTRACT

This article discusses the concept of a “straight-jacket” constitution as a non-democratic constitution still in force notwithstanding successive constitutional amendments passed by democratic means in post-authoritarian Chile. The claim is defended that it must be replaced by a new constitution, based upon democratic values. It ought to give full recognition to the majoritarian principle, in particular concerning legislation. Only such a constitution can foster the idea of constitutional patriotism and ground a constitutional conception of human rights free able to break free from a conception of rights built upon the right to private property. This is then claimed to be necessary to increase the inclusiveness of politics, thus ending the discrediting of politics and political parties, shown above all by the withdrawal of the youth from the political system.

Key words:

Straightjacket Constitution - Dogmatic of Human Rights - Majority Principle and New Constitution.

La constitución celda o "*straightjacket constitution*" y la dogmática constitucional.
Christian Suárez Crothers
Pp. 248 a 271

LA CONSTITUCIÓN CELDA O "*STRAIGHTJACKET CONSTITUTION*" Y LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL¹

Christian Suárez Crothers (*)

LA VISIÓN ALIENADA DE LA CONSTITUCIÓN²

El propósito principal de nuestro trabajo es demostrar que la Constitución de 1980, aún con sus modificaciones de 1989, de 2005, las intermedias y las recientes, es un tipo de Constitución que escapa a la idea de una constitución emanada de un poder constituyente democráticamente legitimado; que se ha constituido en lo que denominamos una "constitución celda o camisa de fuerza", que ha distorsionado y puesto de revés los criterios de una dogmática constitucional de principio democrático; que ahoga el espacio necesario de una deliberación política democrática, así como las expectativas de una sociedad que sea capaz de conservar la estabilidad y la moderación como práctica de buen gobierno. Sostenemos que el sistema constitucional chileno contribuye a reafirmar las prácticas desiguallitarias en que se sustenta la Constitución de 1980 y que esas prácticas desiguallitarias, además de resultar disonantes con los propósitos a alcanzar hacia el Bicentenario de la República,

(*) Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Talca.

Artículo recibido el 13 de julio de 2008. Aceptado por el Comité Editorial el 12 de enero de 2009.

Correo electrónico: ccrothers@utalca.cl

¹ Este artículo es el resultado de la participación del autor en un foro realizado durante el año 2007 y organizado por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, con participación de su Decano Pedro Irureta y los profesores Pablo Ruiz Tagle, Gonzalo García, Humberto Nogueira, José Ignacio Martínez Estay y Miriam Hernández.

² Este término lo he tomado de una conversación sostenida con el profesor Fernando Atria, con quien comparto dicho punto de vista y le agradezco sus comentarios.

pone en peligro no sólo la convivencia social pacífica, sino que aún más puede hipotecar el desarrollo económico futuro del país. Por ello, pensamos, como lo hemos públicamente expresado en años anteriores, que es absolutamente indispensable, incluso para las elites que han visto esta constitución como una garantía de estabilidad, poner el acento en la urgente deliberación de un nuevo paradigma constitucional que facilite los desafíos que Chile requiere en el mundo de hoy, independientemente del mecanismo que para ello sea utilizado.

EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN *STRAIGHTJACKET*

Por constitución celda o *straightjacket* entendemos un tipo de constitución cuyo principio no es democrático y que bajo la apariencia del cumplimiento de los procedimientos propios de una constitución democrática, permite a quienes mantienen la solidaridad con la constitución impuesta a una sociedad que se democratiza, mediante el uso desproporcionado de mecanismos contra-mayoritarios, limitar el espacio propio del ejercicio de la política y del derecho.

La existencia de una constitución de esa especie requiere de la concurrencia de las siguientes características:

1. La existencia previa de un régimen autocrático, totalitario o autoritario.
2. La existencia de una constitución que ha debido ser aceptada como mal menor frente a un régimen previo con tendencia a mantener sus principios fundacionales en el tiempo.
3. La existencia de un pacto de transición democrática, en que las fuerzas políticas que pactan se encuentran en una situación política y jurídica desigual.
4. La aceptación, por parte de las fuerzas originalmente más débiles, de las bases fundamentales de la constitución previa imperante.
5. La consolidación de instituciones contra-mayoritarias desproporcionadas que se espera modificar, a medida que el proceso de transición a la democracia se “profundiza”.

Una constitución de este tipo mantiene el eje de las decisiones políticas fundamentales en manos de quienes ejercieron o, en quienes no habiéndolo ejercido, solidarizan con los “principios de intangibilidad” del antiguo orden que la constitución pretende congelar.

Si bien es cierto que las constituciones democráticas suponen normalmente la existencia de mecanismos contra-mayoritarios, que se expresan en el sistema de fuentes del derecho de un determinado ordenamiento jurídico, la práctica de constituciones de esta especie se distingue por la falta de proporcionalidad democrática de los mecanismos contra-mayoritarios utilizados.

Una constitución *straightjacket* se diferencia de lo que la doctrina constitucional ha llamado una “constitución protegida”, en que mientras esta última supone la existencia de un custodio de la constitución normalmente carente de legitimación democrática, la custodia de los principios normativos básicos de la constitución se ejerce de manera difusa por la elite representativa del viejo orden, a través de un orden parcialmente legitimado por quienes fueron su oposición.

Un régimen de democracia protegida implicará, en cambio, la posibilidad de que un órgano con legitimidad originaria no democrática represente a las instituciones democráticas, la falta de apego al orden constitucional pactado en condiciones de desigualdad de fuerzas. Por ello, bajo este sistema bien podría hipotéticamente ocurrir que aun cuando las fuerzas mayoritarias y minoritarias en el Congreso aprueben una determinada regla, ésta pueda ser neutralizada por el órgano a quien se ha entregado la última decisión sobre la constitución. Ese órgano generalmente no es el Tribunal Constitucional.

En un sistema de constitución celda, sin embargo, el Tribunal Constitucional podría eventualmente también configurarse como un elemento, entre otros, de la desproporción de los elementos contra-mayoritarios presentes en la constitución. Ejemplos de dichos elementos pueden, a su vez, encontrarse en mecanismos de reforma constitucional, en sistemas electorales que limiten la participación equilibrada de las fuerzas políticas, por un sistema de quórum constitucionales o legales que den una excesiva preponderancia a las minorías en el Congreso, o en otros órganos constitucionales.

Postulamos como hipótesis de trabajo que, particularmente a partir de la reforma de la Constitución de 2005 este es el modelo que caracteriza a la Constitución chilena de 1980 y pretendemos explicar a través de su desarrollo no sólo la forma cómo se ha originado, sino también los efectos que produce en nuestra práctica político-constitucional, así como las “camisas de fuerza” que impone un desarrollo moderado de nuestra dogmática constitucional.

El término que utilizamos es naturalmente un instrumento conceptual, en el sentido que no resulta extraído de una clasificación en uso y, en consecuencia, lo utilizamos aquí sólo para efectos de simplificar los elementos que hemos caracterizado como concurrentes en nuestro sistema constitucional vigente. Se trata de una hipótesis a comprobar.

El trabajo que presentamos tiene, por tanto, un carácter tentativo y preliminar y en él me voy a limitar a señalar dos aspectos importantes, desde el punto de vista del concepto de constitución-celda o *straightjacket constitution* que hemos venido utilizando con el objeto de reforzar mi argumento en torno a la necesidad de una futura deliberación ciudadana de nuestros contenidos constitucionales.

El primero se refiere a los peligros que tiene la utilización del lenguaje de los derechos cuando es utilizado en el marco de una constitución-celda dotada además de un alto contenido ideológico, y el segundo y final, a la necesidad de abogar por una nueva Constitución para poner término a las limitaciones que la constitución actual incorpora al régimen político y que la hacen disfuncional a la libertad y al progreso.

Ambos aspectos serán precedidos por los lineamientos esenciales de la fórmula política de la Constitución de 1980, que aún perviven.

EL PRINCIPIO ORIENTADOR DE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE

Al contrario de lo que muchos han sostenido, la actual Constitución es un texto que nació de una dictadura, se configuró bajo los propósitos y cálculos políticos de quienes triunfaron en la Revolución de 1973, y se puso a prueba a través de un largo y poco claro itinerario institucional desplegado desde la misma creación de la Comisión que le dio origen. Aquí sostenemos esa situación sustancialmente no ha cambiado.

Desde luego, se comprenderá desde un inicio, que no vamos a compartir aquí la idea de que la Constitución reformada en 2005 hubiese dado origen a una nueva Carta Fundamental, que se conocería precisamente como la Constitución de 2005.

La verdad es que dicho reconocimiento no ha sido unánime ni mayoritario en las fuerzas políticas del país, en el cuerpo social y, menos todavía en el ámbito académico. Todo el mundo sigue hablando de la Constitución de 1980.

Para afirmar que el viejo techo ideológico de la Constitución sigue en lo fundamental vigente, es necesario recordar cuál fue el objetivo declarado de quien en la víspera del plebiscito de 1980, era en Chile la cabeza del Poder constituyente.

Como lo expresara literalmente el General Pinochet en las orientaciones que dirigiera al Presidente de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Enrique Ortúzar³, el objetivo era:

“...preparar un ante-proyecto de Nueva Constitución Política, cuya concepción del Estado y del ejercicio de la soberanía preserve a la Nación de una nueva infiltración del marxismo leninismo en el aparato gubernativo y en el cuerpo social, a la vez que desaliente los vicios demagógicos que prevalecieron en los últimos decenios. Sólo así se asegurarán realmente la democracia y la libertad”.

³ Orientaciones del General Pinochet dirigidas al Presidente de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Enrique Ortúzar Escobar, de fecha 10 de noviembre de 1977 y respuesta de la Comisión, de fecha 16 de agosto de 1978.

Es decir, estábamos en presencia de un mandato entregado por el Presidente de la República, en ejercicio de su poder autocrático, a una Comisión de expertos, que parte de una consideración ideológica y de una mirada radicalmente opuesta a los lineamientos constitucionales de 1925, dirigida a la creación de un nuevo orden caracterizado por la exclusión⁴.

¿A qué tipo de cambios institucionales aspiraba, en consecuencia, el General Pinochet y la Junta Militar?
Como él mismo lo decía en su oficio:

“...a una transformación institucional...de magnitud”.

De una magnitud tal que implique:

“...la configuración de una nueva democracia...autoritaria, protegida, integradora, tecnificada y de auténtica participación social.”

PROLEGÓMENOS AL ENTENDIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE COMO “CONSTITUCIÓN CELDA O *STRAIGHTJACKET*”

Para comprender ahora por qué denomino a la Constitución como constitución-celda o *straightjacket*, es necesario analizar las modificaciones que ella ha sufrido en especial durante el período de transición a la democracia.

Es cierto que la oposición al régimen del General Pinochet aceptó la Constitución vigente, y que lo hizo como un mal menor frente a la posibilidad que la dictadura se transformara en una dictadura permanente.

Los jerarcas de la dictadura, por su parte, comprendiendo el agotamiento y el desprestigio, tanto interno como externo del régimen, se manifestaron dispuestos a iniciar la negociación para la transición política, sin trazar los pilares fundamentales que motivaron la revolución de 1973.

Para ello había que mantener los mecanismos constitucionales de la custodia *ad-hoc* de la Constitución⁵, mediante una ingeniería constitucional que garantizara

⁴ No tengo para qué argumentar en este sentido y tan sólo bástenos con recordar la representación que dicha izquierda marxista-leninista tenía en la composición del Congreso Nacional de 1973. A lo menos, ciertamente, representaba las ideas de aproximadamente un tercio del electorado nacional.

⁵ Como señala Cañas Kirby, Enrique en *Proceso Político en Chile. 1973-1990*, Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1997, pp. 262: “...la idea original de la UDI había sido realizar un cambio constitucional amplio, pero lo suficientemente consensual como para mantener *clausurada* (el subrayado es nuestro) la posibilidad de activar mecanismos para transformaciones futuras.” Señala Cañas Kirby, más adelante (pp. 265): “El 5 de abril de 1989 la comisión designada por la Concertación y Renovación Nacional terminaba su *Informe Técnico Constitucional* y algunas semanas más tarde el Gobierno daba a conocer una propuesta de reforma bastante diferente a la presentada

lo que siempre se predicó oficialmente como “*una democracia protegida y autoritaria*”.

En los hechos, esto fue lo que tuvo que aceptar el equipo negociador de la Concertación de Partidos por la Democracia, compuesta por 16 partidos políticos.

Sin embargo, algunas concesiones tuvieron que introducirse. Entre ellas la modificación al artículo 5°, la eliminación de la norma que permitía al Presidente de la República disolver, por una vez, la Cámara de Diputados (art. 32, n° 5, de la época) y todas las demás que conformaron las reformas de 1989⁶.

La Concertación por su parte, hubo de aceptar introducir un mecanismo de reforma de la Constitución que, en algún sentido, venía a dificultar la reforma constitucional.

Las modificaciones de 1989, no obstante, pese a su amplitud no fueron suficientes, y así, ha resultado extenuante el listado de las reformas sufridas por la Constitución hasta la ley 20.050 de 2005, y esta tendencia se reproduce una y otra vez, e incluso con posterioridad.

Al mes de agosto de 2007 la Constitución había sido objeto de alrededor de 17 modificaciones. Las reformas indicadas son principalmente las siguientes:

1. El conjunto de modificaciones que fueron objeto de la reforma de 1989.
2. La reforma de la ley 19.055, de primero de abril de 1991, sobre libertad provisional.
3. La reforma de la ley 19.097, de 12 de noviembre de 1991, sobre gobierno regional.
4. La reforma de la ley 19.295, de 4 de marzo de 1994, que redujo el período presidencial a seis años.
5. La reforma que introdujo el artículo 35 transitorio de la Constitución, por Ley de Reforma Constitucional N° 19.519, de 20 de febrero de 1996, para ajustar fechas de elección de alcaldes, concejales y consejeros.
6. Ley de reforma n° 19.519, de 16 de septiembre de 1997, que crea el Ministerio Público.
7. Ley de reforma n° 19.5451, de 22 de diciembre de 1997, de reforma del Poder Judicial (la Corte queda compuesta de 21 ministros y se regula la forma de

por los primeros. No hubo acuerdo en lo que se refería al nuevo texto del artículo 8, la composición del Parlamento, los requisitos de reforma constitucional, las incompatibilidades entre la pertenencia a un partido político y un cargo corporativo, ni tampoco en lo relativo a la composición del Consejo de Seguridad Nacional.” Prontamente se llegaría sin embargo a lo que se denominó un “pacto constitucional mínimo” tanto respecto del artículo 8, como al Consejo de Seguridad Nacional, el que es privado de su poder de veto, aumentando los senadores de 26 a 38, para disminuir la influencia de los designados y en materia de quórum de reforma constitucional.

⁶ Aspecto que hemos señalado en la nota anterior.

su integración).

8. Ley de reforma n° 19.526, de 17 de noviembre de 1997, que fortalece la autonomía y la gestión municipal.
9. Ley de reforma n° 19.597, de 14 de enero de 1999, que establece un plazo para que la Corte Suprema se pronuncie sobre proyectos de reforma al Código Orgánico de Tribunales.
10. Ley de reforma n° 19.611, de 11 de junio de 1999, que establece la igualdad entre el hombre y la mujer (art. 1° “personas”, art. 19 n° 2: “Hombres y mujeres son iguales ante la ley”).
11. Ley de reforma n° 19.634 de 2 de octubre de 1999. Modifica el artículo 19 n° 10 de la Constitución para señalar que “el Estado promoverá la educación parvularia”.
12. Ley de reforma n.° 19.643 de 5 de noviembre de 1999 que establece normas sobre la segunda vuelta presidencial y calificación de elecciones de Presidente; Tribunal Calificador de Elecciones (arts. 26, 27 y 84 de la Constitución)
13. Ley de reforma n° 19.672 de 28 de abril de 2000. Agrega varios incisos al artículo 30 de la Constitución y establece el “Estatuto de los ex presidentes”
14. Ley de reforma n° 19.742 de 25 de agosto de 2001, que pone término a la censura cinematográfica y,
15. Ley de reforma n.° 19.876 de 22 de mayo de 2003 que incorpora a la educación media como obligatoria y gratuita hasta los 21 años de edad.
16. El grupo de importantes reformas introducidas por medio de la ley 20.050 de 2005, que ha dado lugar a que algunos consideren que estamos en presencia de una nueva Constitución.
17. La reforma de 2007 sobre los territorios insulares, única reforma que ha sido posible en el contexto del Mensaje del Presidente de la República para regionalizar el país enviado al Congreso Nacional durante el año 2003.

La reforma de 2005 incluyó, entre algunas de sus peculiaridades, la de aumentar las competencias del Tribunal Constitucional, a fuerza de establecer una distinta y más razonable integración del mismo.

Se introdujeron dos institutos particularmente relevantes: la atribución al Tribunal del conocimiento de la ahora acción de inaplicabilidad y la facultad de resolver la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado anteriormente inaplicable, motivando esto último la duplicación, prácticamente, de la actividad actual de nuestro Tribunal. Del mismo modo se suprimió la figura de los senadores vitalicios e institucionales y se disminuyeron los poderes del Consejo de Seguridad Nacional.

Pero, en lo que se puede observar, la inconformidad con la Constitución es permanente y el espíritu de reforma no logra apaciguarse⁷.

La Constitución vigente tuvo como propósito, desde sus inicios, contener aquellos que consideraba los peligros del sistema que pretendía entablar. El modelo de democracia que se procuraba era el de una democracia protegida y limitada, el modelo de participación, uno que llevara a los ciudadanos al ámbito de lo “doméstico”, lo gremial, descontaminando estas esferas de la política. La Constitución fue construida sobre la base del temor; que suscitó la política de promoción popular, de reforma agraria, de sindicalización y de quiebre de la estructura agraria tradicional del país y a la explosión de expectativas que derivaron de la ampliación del debate y la participación. Pero esa amenaza fue una que los “padres fundadores” de la Constitución de 1980 sintieron en el mundo bipolar o tripolar de los años sesenta o setenta, en que el mundo se debatía entre el triunfo de los ideales del capitalismo y del mercado o del socialismo colectivista y la planificación centralizada. En ese terreno, la neutralidad era sospechosa y por ello aplicando una fuerza equivalente al terror que las elites sintieron por el pueblo y la democracia, quienes triunfaron en la Revolución de 1973 impusieron sobre la base de una política también de temor, aquello que Macchiavello llamaba el orden nuevo⁸, cristalizado en una Constitución que tuviera el carácter más parecido posible al de una celda que se pudiera bien administrar. La celda, durante años fue para muchos no sólo un eufemismo. El concepto de seguridad nacional surgió así como un principio que habría de cruzar los más variados aspectos de la Carta, tanto orgánicos como de derechos. La Constitución que proclamaba los valores clásicos de la dignidad, la libertad y la igualdad, fue construida, pensada y desarrollada en el marco de la más cruel dictadura que probablemente ha existido en la historia nacional. Sus efectos todavía los vivimos, pasados más de treinta años de la misma y el cristal a través del cual fueron interpretados esos valores y principios constitucionales siguen aún incólumes en variados aspectos, no obstante, las reformas introducidas especialmente en 1989 y 2005.

Se dirá que es natural que las constituciones puedan reformarse y que las modificaciones antes listadas forman parte de un estilo propiamente nacional de arribar a consensos políticos; pero, en los hechos el problema de fondo que subsiste es que pese a este enorme universo de cambios, los chilenos no sentimos una común *affectio societatis* por la Carta Fundamental.

¿Cuál ha debido ser, entonces, la práctica para solucionar los problemas que la Constitución no resuelve?

⁷ Junto a la nueva reforma de 2007 existen diferentes iniciativas partidarias y mociones parlamentarias destinadas a modificar el régimen político, regionalizar el país, introducir un nuevo sistema electoral o configurar una nueva estructura para el sistema de derechos. Los partidos, a su vez han comenzado a reunir a sus expertos para analizar posibles propuestas de reformas constitucionales.

⁸ Maquiavello, Nicolás. **El Príncipe. Comentario por Napoleón Bonaparte**. Ediciones Andrómeda, Buenos Aires, 2003, pp. 45, 46, 66 y 67.

En general, intentar la búsqueda loable, y a veces heroica, dada la rigidez del Texto, de las aperturas e intersticios que permiten salidas que la Carta no contempla, confiando, por ejemplo, en que una interpretación extensiva del artículo 5º constitucional nos pueda permitir una interpretación material de la Constitución que modifique su contenido autoritario.

EL PROBLEMA DE UNA CONSTITUCIÓN QUE OBLIGA A SUBSTANTIVARLA “DESDE FUERA DE LA CONSTITUCIÓN”

Al afirmar la falta de consenso existente en torno a la Constitución vigente, señalando que una Constitución no aceptada por una parte muy importante de las fuerzas políticas, ha obligado a substantivarla desde fuera de sí misma, no estamos haciendo una alusión a la relación que toda Constitución debe tener entre el sistema de fuentes que emana del derecho internacional con su normativa interna, sino que expresamos una idea más amplia. Lo que afirmamos es que tanto la doctrina constitucional como la práctica jurisprudencial se ha visto frente a un “pie forzado” ante la Carta, buscando incansablemente darle un contenido que no expresa su propia lógica interna.

En otras palabras, hemos intentado construir, y a fuerza de la necesidad, *una Constitución desde fuera de la Constitución*, porque la Constitución misma se ha ido transformando en un instrumento cada vez más inservible, inútil a los propósitos del autogobierno democrático y de la libertad; lo que nosotros llamamos: una suerte de camisa de fuerza, *straightjacket* o celda, que no da el espacio suficiente a la dimensión propia de la deliberación política, sino a través de aquellos intersticios o “interpretaciones” que escasamente permite.

Pensando muchas veces que las “Bases de la Institucionalidad” son suficiente material normativo y de principios para transformar la Constitución, confiamos en que sean los jueces ordinarios o constitucionales los que substantiven una constitución autoritaria y la transformen en lo que la misma Constitución no facilita, con el severo peligro de desplazar el espacio de la política y del Congreso a un lugar completamente secundario.

El resultado es que esta manera de entender las cosas ha llevado, por una parte a una mayor judicialización de la política, y a un importante desprestigio del Parlamento.

Un ejemplo peculiar de lo anterior es la interpretación que suele darse del principio de aplicación directa del artículo 6º, que materializa en el Texto lo que los alemanes denominan el “deber de obediencia” a la Constitución, no sólo por los órganos del Estado y sus agentes, sino por toda persona, institución o grupo.

Una interpretación extensiva y generosa de esta norma, que desde un punto de vista político se comprende más en una Constitución que está legitimada por sobre las contingencias de la política diaria, ha conducido también a confiar -y a crear en consecuencia una, relativamente “falsa ilusión”-que por la vía excepcional de la interpretación del artículo 5º, que abre espacio a las normas de derecho internacional de los derechos humanos, pueda construirse una dogmática que de algún modo “anule” o mitigue los vacíos democráticos de la Norma Fundamental.

Esto es, precisamente, un punto de vista que considerándolo válido, pensamos que es absolutamente insuficiente sin una transformación profunda del eje político-ideológico y de la estructura de la Constitución; en una palabra, sin una nueva Constitución.

El problema no es menor, porque una interpretación de esta clase -que cada vez parece aceptarse con más fuerza en la doctrina- parece fundarse inconscientemente en una concepción premoderna del Derecho, toda vez que busca salvar los vacíos democráticos y la responsabilidad del Parlamento a través de enclaves constitucionales que no han sido aún desprovistos plenamente de su inspiración autoritaria; esto es, de los factores fundamentales de la ingeniería constitucional que el régimen militar quiso mantener.

A partir de la Reforma del Tribunal Constitucional, operada en 2005, y de su práctica constitucional entre 2006 y 2008 se tiende a pensar que la jurisprudencia constitucional ha avanzado en la garantía de la “supremacía constitucional”, en temas tan relevantes como el derecho a la vida, los derechos sociales o la revisión de la antijuridicidad de normas reglamentarias que buscarían ampararse en las llamadas “leyes pantalla”, las cuales -se sostiene- están siendo sometidas -aun cuando de manera no pacífica por el Tribunal Constitucional- a la nueva jerarquía normativa que surge de esta manera de configurar nuestra dogmática constitucional. Fuentes supraconstitucionales coadyuvarían también a este propósito.

Para ello se piensa que un verdadero “*corpus*” normativo, basado en la idea de un bloque de derechos, puede sin dificultad ponerse a la par de las normas constitucionales del Capítulo III y II, y sobre ellas, evadiendo el vacío en la relación democracia-derechos exigido por la propia Convención Americana. De esta manera, asimilando la constitución a una idea general de derecho, se cree que es posible soslayar la dificultad del cuerpo político -en el marco de una Constitución celda- para adecuarse a estas exigencias.

Se confía, por tanto, en que mientras exista un cierto equilibrio en la conformación del Tribunal Constitucional, no habrá problemas para arribar al objetivo mencionado; equilibrio que, sin embargo -no hay que olvidar-, sólo es posible de

mantener, débilmente, gracias a los efectos del sistema electoral binominal y la consecuente “binominalización de las magistraturas”.

La existencia de dos bloques políticos, de dos grandes alianzas, que se distribuyen casi paritariamente el poder de “decir el derecho”, permitirían resolver, una integración equilibrada del “custodio” de la Constitución⁹. No obstante, se omite que en el nombramiento de los jueces del Tribunal participan también el Presidente y la Corte Suprema.

Las mayorías calificadas establecidas de manera tan excepcional por nuestra Carta (prácticamente únicas si nos comparamos con las democracias occidentales más avanzadas) ayudarían, de otra parte, a la minoría parlamentaria, a protegerse de un Tribunal integrado por miembros designados conforme a los intereses de mayorías ocasionales.

Quiero sostener aquí, que esta conjunción entre la constitución-celda o *straight jacket* y la aplicación de un criterio de interpretación que, vía el artículo 5º, pudiera llegar a convertir la Constitución en una suma de derecho internacional y filosofía moral, es un peligro para la democracia, porque en la práctica disminuye y desprestigia la actividad parlamentaria, deslegitima al sistema político, al que se comienza a observar como inútil e ineficiente y, porque, además entrega un *quantum* de criterios extremadamente amplios para ser resueltos por el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios, que pudieran dar curso a una aplicación discrecional o hasta abiertamente arbitraria del “derecho”.

Con los mejores propósitos, lo anterior ha llevado a algunos sostener que el supremo intérprete de la Constitución es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por cierto, una vía de escape, en el sentido aclarado antes, a nuestra propia incapacidad para establecer una ordenación constitucional moderna y democrática.

Con idéntico propósito, que a veces parece desesperado, se afirma por algunos que la Corte es en Chile el Tribunal de última instancia¹⁰.

A mi juicio, y comprendiendo el esfuerzo heroico por defender el respeto por los derechos fundamentales, la práctica demuestra que los criterios clásicos de relación del derecho nacional frente al derecho internacional siguen operando¹¹, no obstante

⁹ Es notable como el régimen de altos nombramientos en Chile parecer seguir la pauta del 1 a 1 del sistema binominal. Una especie de “colombianización” de la política chilena.

¹⁰ Aspecto este último que la misma Corte niega.

¹¹ A este respecto es interesante observar el sentido que Favoreu, en Favoreu, Louis et al., *Droit Constitutionnel*, Éditions Dalloz, Paris, 1998, pp. 112, le da al concepto de supraconstitucionalidad. Al respecto señala: “Rien n’empêche toutefois qu’il existe des normes “supérieures” à la Constitution pour autant qu’elles ne fassent pas partie du système juridique en question : elles sont, dans ce cas, non pas des normes du système au-dessus de la Constitution formelle, mais des normes ayant pour destinataire le système en tant que tel. ». Sobre esta materia la

algunas escasas condenas, que la Corte Interamericana ha podido dictar por incumplimiento del Estado de Chile a derechos establecidos en la Convención Americana.

Es indudable que el respeto de los derechos humanos y de los derechos constitucionales es consustancial a la democracia. Es evidente también que, aparte de las exigencias morales de igual consideración y respeto por los demás, que imponen los derechos, hay exigencias jurídicas y responsabilidades para el Estado que no cumpla con sus compromisos internacionales.

Pero esas situaciones no son las únicas que dicen relación con el derecho constitucional y es por ello que no se puede convertir al derecho internacional - particularmente en el estado actual de la Constitución chilena- en un equivalente de la Constitución, del Estado, de la sociedad y de la comunidad, sin observar que la Constitución chilena, sigue manteniendo una forma orgánica y de principios esencialmente no democrática.

LA “STRAIGHTJACKET CONSTITUTION” Y EL DEBILITAMIENTO DEL LEGISLADOR EN SU TAREA DE CONFIGURACIÓN Y REGULACIÓN DE LOS DERECHOS

Sabemos muy bien que en la vida práctica, el ciudadano común necesita -además de los resguardos y garantías internacionales de sus derechos, de muy difícil acceso, un sistema interno de constitucionalidad que sea coherente y que no horade la acción del legislador desde la cúspide o a través de la escasa distribución del poder político en la base.

La Constitución como “camisa de fuerza”, y operando de la manera que señalamos, es un tipo de constitución privatizada, una suerte de instrumento de dominación de quién o quiénes manejan las llaves de sus mecanismos y que tiende naturalmente a la conservación del actual estado de cosas.

Observadas las limitaciones de la aplicación del llamado bloque de los derechos en el orden interno del Derecho del Estado, no podemos dejar de tener presente, que más allá de las escasas posibilidades que nos brinda el artículo 5° de la Constitución, el catálogo de derechos del capítulo III, y la interpretación que de él se ha hecho por los operadores jurídicos al “reificar” el derecho de dominio aún sobre cosas incorpóreas, ha transformado este expediente en el medio a través del cual los que han “sellado” esta Constitución, hacen valer sus puntos de vista e intereses bajo una

profesora Ximena Fuentes Torrijos ha publicado un sugerente artículo titulado « El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja », que puede consultarse en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes_Spanish_.pdf

norma (art. 19 n° 24), que formando parte del orden institucional y económico de su fórmula ideológica, permite por la vía de la protección y de la invocación de la “lengua de los derechos”¹² una muy restringida aplicación práctica de los derechos fundamentales.

En Chile, no ha sido el legislador, como se ha sostenido con verdad por algunos autores¹³, el agresor principal de la Constitución; por ello con razón se ha afirmado que los controles debieran dirigirse, con más énfasis a otros ámbitos -como la propia sustitución de la actual Constitución y sus mecanismos desproporcionados de contra mayoría-, en lugar de mantener bajo permanente sospecha a un órgano que, en nuestro país se ha caracterizado por la defensa de las libertades.

De otra parte, nos parece que ni siquiera la Reforma de 2005 ha cambiado esencialmente los propósitos para los cuales el suprapoder del Tribunal Constitucional chileno fue establecido.

Ese propósito no fue, como en el caso de la Constitución española del 78, poner un límite a la judicatura heredada del franquismo, ni tampoco ejercer un papel pedagógico en la protección de los derechos fundamentales o para resolver de manera eficiente los conflictos entre el Presidente y el Congreso.

Dicho suprapoder fue establecido para potenciar el proyecto político de quienes sustentaron el régimen autoritario a partir de 1973 y, si bien con justicia puede señalarse que el actual Tribunal Constitucional cuenta con la posibilidad de cumplir con alguno de estos roles, la forma particular en que se articula la distribución de poderes en la Constitución, hace necesaria una revisión tanto respecto de su legitimidad como a la forma en que se prescriben su integración y atribuciones¹⁴.

Esta preocupación ha surgido particularmente a través de algunos fallos recientes (y pasados) en que el Tribunal excede las atribuciones que le han sido expresamente conferidas, dificultando aún más los conflictos entre el Congreso y el Presidente¹⁵.

La necesidad de la aplicación de un criterio de deferencia razonada hacia el legislador -sugerida recientemente por Patricio Zapata- no parece, sin embargo, estar constituyendo la regla ordinaria de la práctica del Tribunal.

¹² El término “lengua de los derechos” ha sido utilizado por el administrativista español Eduardo García de Enterría, en un excelente libro que lleva precisamente este nombre. Vid. García de Enterría, Eduardo. **La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa**. Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1995.

¹³ En Chile la tesis ha sido sostenida fuertemente por Fernando Atria.

¹⁴ Por todos, ver Portales, Felipe. **Chile: Una Democracia Tutelada**. Editorial Sudamericana, Santiago, año 2000.

¹⁵ Para todos los efectos ver Zapata, Patricio. **Justicia Constitucional**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, Capítulo 7, pp. 459 y ss.

EL INSUFICIENTE DESARROLLO DE NUESTRA TEORÍA CONSTITUCIONAL Y SUS EFECTOS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

Es difícil en Chile, hay que reconocerlo, hacer teoría constitucional, con una Constitución tan constrictiva. Por ello es legítimo preguntarse, si en el contexto de esta Constitución resulta o no razonable que apliquemos criterios de control de constitucionalidad emanados de países como los europeos, para controlar al órgano que expresa la voluntad general, de un manera que parece olvidar no sólo las razones que dieron origen a los tribunales constitucionales, sino que también el hecho de que esas constituciones son constituciones democráticas.

Tampoco pareciera lógico simplemente trasplantar una teorización constitucional que en Europa responde a un desarrollo no sólo diferente, sino también a una ciencia jurídica avanzada y que responde a sus propios contextos.

Las teorías constitucionales europeas, en materia de derechos fundamentales, responden a una lógica de Estados que se integran conformando una nueva gran unidad política que se denomina Unión Europea. De allí que muchas de sus peculiaridades, como las que se refieren a la incorporación del derecho internacional al derecho interno, no pueden entenderse de la misma manera en países que no conformamos, junto a otros -como la Unión Europea- una unidad política superior.

Por ello es que una dogmática elusiva o de naturaleza elíptica puede terminar restringiendo una efectiva protección de los derechos humanos.

En la práctica ello se produce de tal manera, que es interesante observar que -en el marco de la constitución celda y su configuración restrictiva de los derechos (que repugna de la garantía legislativa)-, aquellos que antes negaban la integración normativa de la teoría del bloque de los derechos, hoy tienden ampliamente a aceptarla.

Bajo la forma de la *straightjacket constitution*, las limitaciones impuestas al ejercicio de la política son tan grandes, las posibilidades de modificación del sistema electoral tan difíciles y un redimensionamiento normativo de la constitución económica del Estado tan irrealizable, que un discurso sobre los derechos, sobre las ventajas del recurso de protección, o sobre la aplicación de la *drittwirkung* resulta convenientemente inocuo, de escaso alcance, y menos temible del que puede resultar de la movilización social y de la acción propia de la política democrática.

LA NECESIDAD DE UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

Se hace urgente, por lo mismo, que nuestro país avance hacia una más amplia deliberación sobre la forma de Constitución de la República, independientemente

del debate instrumental acerca de si lo más conveniente es convocar a una convención constituyente o utilizar cualquier otro mecanismo práctico que el genio político chileno sea capaz de consensuar. La pregunta que surge de inmediato será cómo hacerlo si la Constitución no lo permite, atendidos, además, los altos *quórum* exigidos para una reforma constitucional que modifique el régimen político vigente.

La respuesta a esa pregunta no es, por cierto, sencilla y sería una enorme pretensión responderla de manera tajante a través de un ejercicio puramente académico. Una tal profunda como necesaria “reforma substantiva” no se resolverá -estamos ciertos- sólo a través de las formalidades propias del derecho sino también a través del ejercicio activo de la práctica política¹⁶, de la movilización social y la deliberación.

Pero ¿qué es lo que fundamenta un cambio constitucional?

Por lo pronto, las consecuencias negativas que la constitución vigente produce en nuestra práctica social, jurídica y política.

La “realidad política”, en puridad, lo que nos muestra es el profundo, lamentable y preocupante desprecio que la mayor parte de los ciudadanos siente por la clase política y por las instituciones en que ésta se asienta.

Recientes encuestas realizadas en forma conjunta por los diversos y más prestigiados centros de investigación política chilena lo confirman¹⁷. En el año 2008, un 47% de los chilenos piensan que un sistema autoritario es o puede ser mejor que uno democrático, contra un 45% que piensa lo contrario, muy lejos de la apreciación en el resto de Latinoamérica donde la relación en la apreciación a favor de la democracia es de 1 a 4 (Valenzuela, 2004). La ciudadanía, muestra estos estudios, manifiesta una peligrosa disconformidad con las elites gobernantes¹⁸ y las instituciones¹⁹, visualiza nuestra democracia como no inclusiva²⁰ y observa a los liderazgos existentes como liderazgos cerrados²¹, que en el ámbito electoral y de la lucha clásica por el poder se exhiben como en *beauty contest* para optar a los cargos

¹⁶ Sobre estos aspectos, vid. Mouffe, Chantal. **El Retorno de lo Político. Comunidad, ciudadanía, democracia radical**. Editorial Paidós, Buenos Aires, 1999 y de Ulrich Beck, **La Invención de lo Político**. Fondo de Cultura Económica, México, D.F. 1998.

¹⁷ ESTUDIO NACIONAL SOBRE PARTIDOS POLÍTICOS Y SISTEMA ELECTORAL. CIEPLAN, Centro de Estudios Públicos, Libertad y Desarrollo, PNUD y ProyectAmérica 2008.

¹⁸ Un 81% de las personas encuestadas, en el estudio antes mencionado, estima que la democracia funciona regular o mal, un 41% considera que los políticos no abordan los problemas que importan y un 37% cree que no son honestos.

¹⁹ Un 82% de las personas, en el mismo estudio, no tiene confianza en el Congreso, un 80% desconfía de los tribunales y un 91% de los partidos políticos.

²⁰ Sólo un 25% cree (ver cita 17) que el sistema binominal no debe cambiarse; el resto de los encuestados sostiene que debe cambiarse, modificarse o simplemente no contesta (25%).

²¹ El 53% de los chilenos no se identifica con ningún partido político.

de elección popular y para ocupar posiciones de privilegio en la sociedad²².

Para aclarar este aspecto, me parece ilustrativo acudir a ciertas ideas manifestadas ya hace algún tiempo por Hannah Arendt sobre la noción de sociedad civil surgida de la revolución francesa.

Esa sociedad civil -sostenía esta autora- había sido representada en el período prerrevolucionario por la nobleza; pero, por una nobleza que abandonó los asuntos de Estado para orientarse más hacia la política de la intriga y de la camarilla, siempre corruptora del espacio público. Así, y frente a una noción de la sociedad civil que estaba viciada en su origen, devino en alguna forma la reacción violenta y brutal de los marginados de la sociedad política.

Explica Arendt, que la combinación de la intriga, la camarilla, la brutalidad y la violencia es, sin duda la peor combinación que puede surgir de la relación inadecuada entre el mundo doméstico de la necesidad y del mundo de lo público²³.

El desprestigio de lo público²⁴ invita al individualismo y a la corrupción de la vida política, a una suerte de suave despotismo del que resulta necesario protegerse.

El preocupante avance del individualismo en Chile y la huida ciudadana de lo público, la desconfianza extrema de las personas en los demás²⁵, tiene una directa conexión con la ausencia de un proyecto común de país que se exprese constitucionalmente. Respecto a los efectos nocivos de esta tendencia, a la que ya se refería Arendt, Charles Taylor en su libro sobre **El malestar de la modernidad (The Malaise of Modernity)** señala tres fenómenos altamente preocupantes de esta huida, a veces inducida de la esfera pública: (1) el individualismo, (2) el desencantamiento del mundo y la pérdida de significación en la cadena del ser y (3) la alienación desde la esfera pública y la consecuente pérdida de control político frente a un mundo político altamente centralizado y burocrático, que opera bajo las formas de la razón instrumental.

Estos tres aspectos no sólo importan una pérdida de felicidad²⁶, sino también

²² Sobre distintas alternativas de reforma al sistema electoral, Vid. Huneeus, Carlos (Compilador). **La Reforma al Sistema Binominal en Chile. Propuesta para el Debate**. Editorial Catalonia, Santiago, 2006.

²³ Cohen, Jean L. y Arato, Andrew. **Sociedad Civil y Teoría Política. IV. La crítica normativa: Hannah Arendt**, Fondo de Cultura Económica, México D.F., año 2000, pp. 215 y ss.

²⁴ Para los meses de abril y mayo en la encuesta conjunta antes señalada, un 88% de los chilenos manifiesta no tener ningún o casi ningún interés por la política. De ahí que los discursos antipolítico o antipartidos en una videodemocracia resulten tan atractivos para los políticos díscolos, antisistema o para aquellos mismos que buscan reposicionarse en sus cargos.

²⁵ En la encuesta conjunta referida, a principio de 2008, un 73% de los chilenos no confía en los demás, lo que da muestras de una situación casi patológica que si bien puede tener explicaciones basadas en las características de la postmodernidad, en Chile llega a grados sumamente preocupantes y que requieren una respuesta de sistema.

²⁶ Mac-Iver, Enrique. "Discurso sobre la crisis moral de la República", en libro de Godoy, Hernán, **Estructura**

como producto de la tendencia a centrarse en uno mismo, un estrechamiento de nuestras vidas, un empobrecimiento de su significado y una cada vez menor vinculación con los demás y con la sociedad. Poco puede esperarse de un sistema, de una clase política que no esté atenta a estas señales²⁷.

Esta situación de empobrecimiento de la vida, estima Taylor, se ha acentuado modernamente por las técnicas derivadas de la razón instrumental. Estas técnicas, a su juicio, habrían fortalecido la posición del Estado y del Mercado en desmedro de las libertades, lo que en la práctica conduciría a lo que Weber denominaba el “*soft despotism*” (o despotismo suave), es decir, una suerte de tiranía²⁸ que no es fruto del terror y la opresión de los viejos tiempos, sino de la práctica de un inmenso poder tutelar (“*immense tutelary power*”), que incluso puede darse bajo gobiernos paternalistas, con formas democráticas y elecciones periódicas.

El propio Weber denominaba a este despotismo suave como el problema de la *caja de fierro* o “*iron cage*”²⁹.

La “*iron cage*” o “poder tutelar enorme”, es precisamente la situación a la que conduce un sistema constitucional cuya ideología es recelosa del espacio público-político, porque su tendencia será naturalmente la de crear poderes tutelares que ahoguen o encierren a los individuos en una verdadera *caja de fierro*, una forma de despotismo suave que la constitución celda (la *straightjacket constitution*) busca instaurar, partiendo por infringir la regla democrática de la mayoría, para imponer poderes tutelares de control, que el ciudadano no puede democráticamente controlar.

Esperemos que en Chile termine prontamente, esta ausencia casi promovida del “*soft despotism*”, que se manifiesta en variados aspectos prácticos, como algunos que ahora paso a señalar: la adoración por los especialistas por sobre las consideraciones políticas más elementales, la falta de un debate público amplio o, la también ausencia de un régimen de libertad de opinión y de información pluralista.

La rebelión estudiantil de los últimos años frente a lo que los chilenos estiman una desigual y mala calidad de la educación; la rebelión sindical de los trabajadores del cobre y de la Central Unitaria de Trabajadores frente a los abusos de la subcontratación, la rebelión de las regiones frente a las desproporcionadas inversiones realizadas en la metrópoli en desmedro del Chile interior, de los polos; la rebelión de

social de Chile. Editorial Universitaria, S.A., 1971, pp. 283 y ss. Se preguntaba allí, a propósito de estado social y político de Chile, por qué los chilenos no éramos felices.

²⁷ Taylor, Charles. **The Malaise of Modernity.** Canadá 1996, 5ta impresión, Anansi, pp. 4.- Allí efectivamente expresa: “... the dark side of individualism is a centring on the self, which both flattens and narrows our lives, makes them poorer in meaning, and less concerned with others or society”.

²⁸ Ibidem. Taylor, Charles. Op.cit., pp. 9

²⁹ Taylor, Charles, Ibidem, Op.cit., pp. 7 a 8.

los vecinos frente a la inseguridad ciudadana o la política de ghettos en el desarrollo urbano; la rebelión de los desempleados frente a la impotencia del Estado en los períodos de crisis; la rebelión de los microempresarios frente a políticas de amplio subsidio a los que no lo necesitan, la rebelión de los enfermos frente a la mala calidad de algunos hospitales, la rebelión de los pensionados frente a sus pensiones miserables; la rebelión de los marginados frente a la exuberancia de la ostentación, claman por una clase política que no sea presa de la cooptación de la constitución-celda y del despotismo suave.

La democracia chilena está hoy amenazada. En la cúspide, por los suprapoderes públicos y privados que manejan las llaves de la constitución-celda y utilizan para ello los más finos argumentos humanitarios y normativistas, como si el Estado de Derecho supusiera tanta desigualdad, tanta desproporción. En sus trazos medios, por una clase política que no sabe cómo reaccionar y que entra simplemente al *beauty contest* de las encuestas, los *flashes*, la *showmanía* y el uso más feroz del viejo estilo caudillista. En la base, por quienes atrapados en esta malla incomprensible actúan más bien como consumidores que ciudadanos y asumiendo los valores de una sociedad domesticada, privatizada, fragmentada, dividida y atemorizada por los fantasmas que levantan quienes construyen y monopolizan la opinión, evitando la participación. En este caso, muchas veces sin saberlo, pero intuyendo que hay algo en la estructura del sistema que actúa bajo la forma de un Caballo de Troya. El mismo que introdujeron al mundo de la democracia, de la política y del derecho chileno, aquellos que configuraron la constitución-celda.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE

Este país tiene, particularmente, al menos como síntoma, una suerte de “comezón” constitucional permanente. De otra manera la Constitución no hubiese sido objeto de la enorme cantidad de cambios a que ha sido sometida a lo largo de su corta historia, como nunca había ocurrido en la historia nacional³⁰.

Si la ficción representativa funciona y la aceptamos, deberíamos inferir que los ciudadanos no estamos, por tanto, muy conformes respecto de “nuestra” Constitución y, más aún que incluso es difícil utilizar la expresión “nuestra” para referirnos a ella porque probablemente ninguno de nosotros la siente verdaderamente muy “nuestra”; en parte importante por la increíblemente escasa participación deliberativa ciudadana en su gestación y en sus enmiendas.

A decir verdad, los chilenos no hemos tenido históricamente, sino de manera

³⁰ Con aproximadamente 300 indicaciones parlamentarias destinadas a modificarla, como he oído del Profesor de Derecho Constitucional y actual Subsecretario de Guerra, Gonzalo García.

muy excepcional³¹, la posibilidad de actuar en torno a nuestras constituciones como auténticos ciudadanos deliberantes.

El telón de fondo de lo que sostenemos como “disconformidad constitucional”, son las bases realmente desigualitarias sobre las cuales se asienta nuestra convivencia³² y las pocas posibilidades constitucionalmente existentes para abrir espacios, sino políticos, normativos para acortar la brecha de un país como el “nuestro” -y ahora sí que utilizo con toda propiedad la expresión- que se encuentra cercano a los diez países con mayores desigualdades en el mundo³³.

En mi opinión, vivimos en un país en que ni la democracia ni la participación han podido ampliamente manifestarse; con una estructura de trazos marcadamente oligárquicos³⁴ y con un espacio público muy disminuido, controlado y dirigido por

³¹ Constitución de 1823. Véase Salazar, Gabriel. **Construcción de Estado en Chile (1800-1837) Democracia de los “pueblos” Militarismo ciudadano. Golpismo oligárquico**. Editorial Sudamericana, Santiago de Chile 2005, pp. 189 y ss.

³² French-Davies, Ricardo. **Entre el Neoliberalismo y el Crecimiento con Equidad**. Dolmen Ediciones, S.A., Santiago de Chile 2003. La segunda parte de este libro titulado **El Experimento Liberal en Chile: 1973-1982**, examina los efectos desigualitarios y de concentración de la riqueza producidos en el Chile de esos años. Entre los datos que aporta (pp. 89) señala que “las remuneraciones en el periodo 1974-1981, promediaron apenas tres cuartos del nivel logrado en 1970”, así como “...la distribución de los activos y del patrimonio” también experimentaron (pp. 91) “...una aguda concentración.” A juicio del autor (pp. 95): “Los componentes intrínsecos del modelos se ubican en tres áreas, que constituyen pilares del neoliberalismo...Se refieren i) a su creencia en que la privatización y la supresión de la intervención estatal conducen rápidamente a mercados integrados, flexibles y bien informados, y generan espontáneamente un desarrollo dinámico; ii) que los procesos de ajuste son estabilizadores y que se caracterizan por su rapidez, y iii) que la “competencia”, aunque sea entre desiguales, conduce a un mayor bienestar para la mayoría”. Sin embargo, agrega finalizando su trabajo, que “los tres supuestos probaron ser falsos en este experimento” y que (pp. 96) “...el experimento neoliberal generó una sociedad con una acrecentada desigualdad en numerosos frentes y un predominio del economicismo....empobreció a amplios sectores..., profundizó el problema del desempleo en forma notable, desestimuló la inversión y, en general, privilegió las tendencias especulativas y financieristas en desmedro de las actividades proclives al incremento de la productividad y de la capitalización nacional”.

³³ Los datos que señalo a continuación son los utilizados por el líder de la Derecha Chilena Andrés Allamand, quien en su libro **El Desalojo. Por qué la Concertación debe irse el 2010**, Editorial Aguilar, Santiago 2007, señala que enfrentar la desigualdad es en Chile un dilema ético. En la página 111, cita el autor el coeficiente GINI, en un Gráfico de Naciones Unidas en que Chile aparece después de Namibia, Lesotho, Botswana, Sierra Leona, República Centroafricana, Swazilandia Bolivia, Haití, Colombia, Brasil, Sudáfrica y Paraguay, como el décimo tercer país con mayores desigualdades sociales en el mundo. En la página siguiente señala “que la barra del quintil más rico es trece veces mayor que la del quintil más pobre”. No obstante que no plantea una substitución del modelo económico, que sin duda requeriría de cambios constitucionales, parece paradójal cuando en la página 75 expresa que: “En general, en todos los indicadores de innovación, tales como calidad de las instituciones de investigación científica, gasto de las empresas en investigación y desarrollo, capacidad general de innovación, nos hallamos (los chilenos) alrededor del lugar 50°”.

³⁴ Es de observar que ya en 1921, Vilfredo Pareto al escribir sobre **La Transformación de la Democracia**, en reedición de su obra, publicada por EDESA, Madrid 1985, señala, en pp. 65, bajo el título “El Ciclo Plutocrático” que examinado el desarrollo económico y social de la sociedad desde algo más de un siglo, se pueden distinguir tres caracteres generales: “1°. Un incremento muy grande de la riqueza, del ahorro y del “capital” destinado a la producción. 2°. Una distribución de la riqueza que permite el mantenimiento de la desigualdad y 3°. La importancia siempre creciente de las clases sociales, la de los ricos especuladores y la de los obreros o, generalizando, de los trabajadores. Algunos pretendieron que la desigualdad aumentó, otros que disminuyó, sin duda permaneció igual la ley de distribución”. Para el periodo inmediatamente anterior al que señala Pareto, Gonzalo Vial, en el volumen I, Tomo I, de su **Historia de Chile**, Editorial Zig-Zag, Santiago, 6ª edición, Capítulo IX, p. 496 y ss., muestra un cuadro verdaderamente deprimente de las condiciones sociales reinantes en Chile a la época del centenario, con continuas citas a Recabarren, Valdés Canje y Vicente Huidobro.

unos pocos³⁵, como si hubiésemos deliberadamente optado por un democracia restringida, en que los selectos actores se someten, tal como hemos enunciado antes, ante un público que los elige y recambia -si realmente “puede” por lo demás, en el contexto electoral ceñido que practicamos- para luego continuar viviendo “tranquilamente” su mundo privado³⁶.

Es evidente la desazón de la ciudadanía con este “fulgor” del poder, manifestado en tan variadas dimensiones. La falta de sobriedad y la manifestación poco elegante de la riqueza, es acompañada, muchas veces, del ejercicio frívolo de la videopolítica³⁷, y la emergencia de un caudillismo que es necesario erradicar.

Pareciera, entonces, existir una cierta conformidad de las elites políticas y económicas con un sistema que les da seguridad y estabilidad (aunque aparente), a ellas mismas, más que al país y al cuerpo entero ciudadano³⁸, que a veces reacciona en los campamentos, en las paradas de buses, en las industrias cupríferas, en los barrios constituidos por ghettos y en las escuelas, contra esta exclusión permanente. Y el problema es que en ocasiones, cada vez más frecuentes, lo hace con violencia³⁹. El círculo de “decididores”⁴⁰ en Chile se estrecha peligrosamente cada día más, pudiendo dar lugar a evidentes fenómenos de corrupción y falta de transparencia, política y privada.

Lo anterior explica, en buena parte, el distanciamiento, cada vez más marcado de la población y de los jóvenes, de los espacios públicos, de la política misma y de las instancias de participación.

³⁵ C. Wright Mills. *La Élite del Poder*. Fondo de Cultura Económica. Decimotercera reimpresión, México D.F., 2005.

³⁶ Vid Lasch, Christopher. *La Rebelión de las Élités y la Traición a la Democracia*. Ediciones Paidós Ibérica, S.A., Barcelona, 1996 y, del mismo autor: *La Cultura del Narcisismo*, Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1999.

³⁷ Cfr. Sartori, Giovanni. *Ingeniería Constitucional Comparada*. Fondo de Cultura Económica. México 1994, pp. 144 y ss. Sobre la video política y la video democracia y sus problemas.

³⁸ C. Wright Mills. *La Élite del Poder*. Fondo de Cultura Económica. Decimotercera reimpresión, México D.F., 2005. Es interesante observar que la explicación acerca de la acumulación de riqueza para Wright Mills no tiene sólo su soporte en el talento, sino que muy principalmente en determinadas condiciones económicas, sociales y políticas que facilitan a ciertas personas hacer uso de las estructuras objetivas que fundan las oportunidades. A este respecto, ver sus comentarios en las páginas 98 y 99 del libro citado. Es de hacer notar, que considerando datos de 1950 señala Wright Mills, que a esa época, sólo el 9% de los más ricos provenían, en los Estados Unidos, de familias de clase baja, lo que parece desvanecer el mito del *self-made man* americano. En los tiempos en que escribe la coincidencia entre el saber y el poder era más bien considerada excepcional (p. 326), aspectos que hoy día algunos refutan a partir de Jean Francois Lyotard y su libro sobre *La Condición Postmoderna*, que identifica la acumulación del poder en los que tienen el control de la ciencia y de la técnica.

³⁹ Como señala Hannah Arendt, en *On Violence*, A Harvest Book Harcourt and Brace Company, San Diego, New York, London 1970, 1969, pp. 10: “The amount of violence at the disposal of any given country may soon not be a reliable indication of the country’s strength or a reliable guarantee against destruction by a substantially smaller and weaker power. And this bear an ominous similarity to one political science’s oldest insights, **namely that power cannot be measured in terms of wealth, that an abundance of wealth may erode power, that riches are particularly dangerous to the power and well-being of republics**-an insight that does not lose in validity because it has been forgotten, especially at a time when its truth has acquired a new dimension of validity by becoming applicable to the arsenal of violence as well.” (Las negritas han sido agregadas por mí)

⁴⁰ Utilizamos aquí la expresión de Lyotard, en Op. cit. *supra*.

Dos millones cuatrocientos mil jóvenes aproximadamente no se encuentran inscritos en los registros electorales; tema éste de evidente preocupación constitucional y ciudadana que se vincula de manera muy directa con la fórmula o inspiración política⁴¹ de la Constitución.

LAS DEMÁS RESTRICCIONES QUE LA CONSTITUCIÓN IMPONE AL BUEN EJERCICIO DEMOCRÁTICO QUE AMERITAN SU CAMBIO

Hemos sostenido, que en el marco del concepto de constitución-celda la democracia chilena se encuentra restringida por la constitución de supra-poderes constitucionales innecesarios, no atenuados suficientemente por la reforma de 2005⁴², así como por la existencia de un poder legislativo sujeto a una evidente crisis de representatividad. Durante el año 2008, un 82% de los chilenos manifestó no confiar en el Congreso Nacional; encontrándose el Congreso entre las instituciones más desprestigiadas del país⁴³.

Lo anterior no es casualidad en un régimen político como el chileno de presidencialismo ineficiente, que no propicia la colaboración entre el Presidente y el Congreso y que se encuentra entrampado en una Constitución construida sobre la base de una desconfianza profunda en la actividad del Poder legislativo, al que hasta simbólicamente se le situó fuera de la capital.

Un Poder legislativo, que fruto de las negociaciones de reforma en que es la minoría la que ha impuesto sus criterios por sobre la real representación de los partidos en el Congreso, difícilmente puede prestigiarse, cuando la tarea política de la Cámara de Diputados se ha visto debilitada, para traspasar más y más competencias al Senado en pos de la generación de estructuras de control contramayoritarias. Menos aún bajo la pervivencia de un sistema electoral no propicio a la renovación de los mandatos ni a una participación más fuerte de los ciudadanos en la definición de sus candidatos.

La *iron cage* que representa la Constitución no sólo no ha podido ser alterada por la mayoría, sino que ésta se ha visto constreñida por la camisa de fuerza de los altos quórum que ha conducido, una y otra vez, a reformas disfuncionales para el mejoramiento del espacio público.

El resultado es que los problemas clásicos del presidencialismo se han acentuado,

⁴¹ El concepto de fórmula política ha sido introducido en España por el profesor Pablo Lucas Verdú en su Curso de Derecho Político y luego perfeccionado en su discurso de incorporación a la Real Academia de Ciencias Políticas y Morales.

⁴² Vid. Del Centro de Estudios Constitucionales de Chile, **La Constitución Reformada de 2005**, Librotecnia, Santiago 2005, libro coordinado por Humberto Nogueira, sendos artículos de Nogueira, Zúñiga y Martínez Estay sobre la reforma al Tribunal Constitucional, entre otros

⁴³ Ver Encuesta CEP y otros centros de estudios citada más arriba.

producto del juego conjunto del núcleo autoritario de la constitución, la falta de competitividad entre las coaliciones promovida por el sistema electoral, la exclusión del electorado y el reforzamiento de las cúpulas de los partidos, en un sistema que fomenta el caudillismo, la lucha interna al interior de las coaliciones, la indisciplina de los partidos, la exclusión de una participación auténtica de los ciudadanos, la expulsión de los jóvenes de la política y la obstrucción permanente al Programa de Gobierno para favorecer, por sobre el interés general, el interés calculado de quienes temen perder sus escaños en la Constitución del poder tutelar enorme.

La Constitución chilena y su régimen político deben ser, en consecuencia, modificados para avanzar hacia un sistema en que la voluntad popular se exprese garantizando, además, mecanismos más eficientes de solución de conflictos entre el Presidente y el Congreso, que motiven una conducta responsable de las cúpulas partidarias y los líderes políticos.

Bajo la forma de la *iron cage* constitucional, reducido además el mandato presidencial a sólo 4 años, la política se transforma en presa de los *free rider* del sistema, de los tráfugas, que no observan incentivos en la colaboración de un Proyecto Nacional.

El electorado, juicioso como es, está consciente de este juego inútil, que una constitución peligrosamente inservible está provocando, y manifiesta en las encuestas su opinión muy desfavorable a la participación política. Motivación que si hoy puede resultar de interés para quienes han hecho del discurso de la apoliticidad una categoría, pudiera resultar excesivamente costoso para el desarrollo futuro del país.

Variados estudios demuestran que la relación entre democracia y bienestar económico es una relación muy directa⁴⁴.

Las condiciones de desigualdad de ingresos en la distribución de los productos de la democracia, materiales, intelectuales o simbólicos, unido a un sistema que privilegia la decisión política entre cuatro paredes, y con un ciudadano convertido sólo en un consumidor o cliente que ha visto enajenada su soberanía por una trampa del sistema, que hay que desmontar, puede ser fatal en momentos futuros de crisis o de polarización política que el presidencialismo chileno no está en condiciones de resolver.

Por ello, un cambio de Constitución debe considerar la puesta en práctica de un régimen político que afiance la responsabilidad y cooperación parlamentaria en la formación de coaliciones mayoritarias estables, que le den estabilidad y eficacia al

⁴⁴ Revisar Vanhanen Tatu, *The Process of Democratization: A Comparative Study of 147 States, 1850-88* (Nueva York: Crane Russak, 1990).

sistema; mejore la representatividad de los mandatos, evite la exclusión y encauce la soberanía del pueblo en la única dirección, democrática y plural, que merece un país que quiere ocupar un rol activo en la política regional y mundial, como una patria justa, libre, eficiente y solidaria. Ese norte no es otro que el interés general.

Existen muchas fórmulas posibles para este cambio, entre las cuales un sistema parlamentario no debe descartarse, porque es el que en la práctica universal más extendida mejor funciona en cada uno de los aspectos mencionados: eficacia, representatividad, disminución de los conflictos, responsabilidad, experiencia de los líderes políticos, de los partidos y las coaliciones en la tarea de gobierno y, transparencia en la rendición de cuentas ante el electorado.

Sólo de ese modo, y no a través de un constitucionalismo de parche, ni de una dogmática imposible, el país podrá levantar el vuelo hacia una democracia avanzada que nos permita a todos prosperar en libertad, justicia, seguridad en las reglas del juego (incluidas las económicas), con creatividad e innovación.

Lo anterior, sin embargo, requiere una alta responsabilidad de los líderes políticos para volver a invitar a la mesa de las deliberaciones públicas a los actualmente perplejos, temerosos y ensimismados ciudadanos que de una vez por todas estén liberados del poder tutelar enorme del despotismo suave y de la caja de hierro de una constitución que no invita a un patriotismo constitucional auténtico.