

El problema constitucional:
**“EL PROCEDIMIENTO SE VA CONVIRTIENDO
LENTAMENTE EN SENTENCIA”**

Sebastián Aylwin • Diego Pardo



Fuente: www.eldesconcierto.cl.

RESUMEN:

En el presente artículo se discute el marco teórico desde el cual se aborda el debate en Chile sobre la cuestión constitucional y se propone una perspectiva para abordar los elementos sustantivos que impone el desafío de pensar una nueva Constitución. Se analizan las propuestas elaboradas por organizaciones políticas, sociales y juristas, identificando discursos comunes que centran el debate fundamentalmente en lo procedimental. Se critica esta visión pues esconde una aproximación parcial al problema. Finalmente, se propone una perspectiva distinta para historizar la problemática constitucional, salvarla de la devaluación de la que es objeto por la discusión pública y proponer caminos de una potencialidad constituyente antineoliberal.

PALABRAS CLAVE:

- Constitución material.
- Ley constitucional.
- Asamblea constituyente.
- Procedimiento.
- Potencialidad constituyente.

Un proceso de discusión constitucional fructífero debiera revelar progresivamente su carácter político. Debiera responder a la urgencia de reformular determinados problemas políticos y sociales en clave jurídico-constitucional. Actualmente, sin embargo, las condiciones para un diálogo constitucional fértil son frágiles e inestables. Y para peor, el debate actual se ha dirigido sostenidamente hacia la cancelación de cualquier posibilidad de un genuino discurso político-constitucional. Con ello, se ha vuelto remota la posibilidad de transformar las condiciones político-sociales vinculadas a la ley constitucional. Es aquí donde radica, entonces, la tragedia del debate constitucional actual: sus términos socavan progresivamente las condiciones para su solución.

Para determinar si este sombrío diagnóstico es plausible, es menester revisar tanto las razones que podrían explicar cómo el debate constitucional actual neutraliza su sentido político, así como las consecuencias de tal neutralización y las vías disponibles para comprender dónde yace la discusión genuinamente política del problema.

I. EL DEBATE CONSTITUCIONAL COMO DEBATE CIUDADANO

Conviene separar aquí dos términos teóricos que tienden sistemáticamente a confundirse. El término Constitución designa la condición concreta de la unidad política y del orden político de un Estado¹. La propia existencia de un Estado supone la existencia de una unidad y de un orden político, y por ello, de una Constitución en sentido "absoluto" o "material"². En cierta tradición, este concepto de Constitución suele catalogarse como "sociológico"³, en la medida en que su comprensión supone la descripción de las relaciones materiales que se articulan al interior de una unidad política, del "consenso activo" de sus elementos e incluso del "sentido común" que emerge en su interior.

La Constitución en sentido material o sociológico debe ser estrictamente diferenciada de la ley constitucional. Ésta designa un conjunto de disposiciones jurídicas que pretenden regular tanto la estructura estatal como las relaciones políticas con y entre los ciudadanos. La determinación de qué cuenta como una ley constitucional puede responder a una o varias características normativas, como por ejemplo, el pertenecer a un determinado texto autoritativo (como la Constitución de 1980/89), o la rigidez, superioridad, jerarquía, el origen o el carácter jurídico-fundamental de sus disposiciones. Aquí se asumirá que ley constitucional equivale al texto constitucional vigente en un Estado. En Chile, por ley constitucional se entenderá, entonces, el texto de la Constitución de 1980/89.

Entre las nociones de Constitución y ley constitucional se articula una relación de relativa mutua dependencia. Por una parte, la existencia de una Constitución, esto es, de un orden político concreto, resulta conceptualmente ineludible si la noción de ley constitucional pretende tener sentido. Pues para que una ley constitucional pueda ser reconocida como legítima, resulta necesario, en parte, que o bien la decisión por medio de la cual se arribó a ella o bien su aceptación ulterior, pueda adscribirse razonablemente a la unidad política que pretende gobernar. Pero para que dicha adscripción sea posible es menester, a su vez, que exista una unidad política previamente constituida. Podría afirmarse luego, que tanto el reconocimiento como la legitimación de una ley constitucional se encuentran siempre

1 Lasalle, F. (1919). Über Verfassungswesen. En Bernstein, E. (ed.). *Gesammelte Rede und Schriften*. Berlín: Berliner Volksblatt.

2 Schmitt, C. (1928). *Verfassungslehre*. Berlín: Duncker y Humblot.

3 Por ejemplo, ver Kelsen, H. (1928). *Der soziologische und juristische Staatsbegriff*. Tubinga: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), segunda edición.

(conceptualmente) subordinados a la Constitución de un Estado. Así, la implementación, vigencia e incluso la eventual legitimación de la ley constitucional de 1980/89 depende de la existencia de una Constitución material.

Por otra parte, sólo ciertas decisiones sobre la ley constitucional pueden trascender en una modificación del orden político, es decir, en una modificación de la Constitución. Pues una constitución no puede reducirse a la vigencia de un determinado texto jurídico-constitucional. Muchas modificaciones de texto, al contrario, no sólo se muestran incapaces de transformar significativamente la constitución material, sino incluso implican la confirmación de su vigencia. Ello explica por qué la gran mayoría de las modificaciones realizadas sobre la ley constitucional de 1980/89 no sólo carecen de relevancia política, sino que incluso admiten ser interpretadas como la manifestación de la incapacidad de una modificación del texto constitucional en orden a modificar la Constitución. Para transformar la Constitución chilena, esto es, las relaciones de poder al interior del Estado, resulta en principio infructuoso modificar, o acaso reemplazar completamente, el texto constitucional de 1980/89. Las múltiples modificaciones a la ley constitucional de 1980/89 -siendo la más importante la de 2005- exhiben (en su lectura más caritativa, aunque no más precisa) sólo la impotencia al buscar una solución consabidamente inadecuada al problema constitucional, por la exclusiva razón de que se muestra, en su momento, como políticamente viable. Pensar lo contrario sólo puede atribuirse a una apreciación cándida de la perdurable hegemonía neoliberal alcanzada *manu militari*.

Lo más importante, sin embargo, no es el hecho de que no toda ley constitucional pueda considerarse relevante en igual medida a la hora de transformar la Constitución de un Estado, sino más bien el aspecto inverso de la relación entre Constitución y ley constitucional: en ningún caso la Constitución de un Estado viene determinada exclusivamente por el contenido de (ciertas) disposiciones de rango constitucional. La ley constitucional es sólo uno, acaso marginal, entre los elementos necesarios para la descripción adecuada del orden político de un Estado. La discusión constitucional chilena debiera aspirar a determinar aquellos elementos que configuran la esencia de la Constitución política actual, es decir, de lo que aquí se denomina el orden constitucional de la dictadura, con independencia de si dichos elementos esenciales se encuentran establecidos en el texto constitucional de 1980/89. Esta es la única forma de que la discusión responda a un interés ciudadano, no a uno meramente jurídico⁴.

II. LA CONSTITUCIÓN DE LA DICTADURA COMO EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL SUSTANTIVO

El orden constitucional de la dictadura puede caracterizarse como neoliberal en lo económico, restrictivo en lo político, restringido en lo social y conservador en lo moral. Es posible afirmar que los elementos de la ley constitucional de 1980/89 que determinan significativamente tales características políticas son limitados y secundarios. La implementación del orden constitucional dictatorial ha descansado no en su poco original texto, sino en la perdurable hegemonía ideológica que secundó su promulgación. Aquí se sugieren algunos de los elementos centrales del orden constitucional de la dictadura y su relación, muchas veces remota, con las disposiciones constitucionales actualmente vigentes.

4 Al respecto, ver Atria, F. *La Constitución tramposa*. Santiago: LOM, pp. 15-29.

A. ASPECTOS ECONÓMICOS

La comprensión subsidiaria del Estado. No hay apoyo textual alguno (a diferencia de otras constituciones, como la peruana) para sostener que el Estado deba intervenir en la economía sólo cuando los particulares no puedan o no quieran hacerlo⁵. Este principio parece derivarse de cierta doctrina interpretativa de la Corte Suprema (CS), de la influencia de académicos ligados a la Pontificia Universidad Católica y de los economistas encargados de dirigir el programa concertacionista durante el gobierno de Aylwin⁶.

Capitalismo de servicio público. No existe ni en la ley constitucional ni en las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (o "Comisión Ortúzar", 1974-1978) antecedentes que entreguen preponderancia al mercado para la prestación de servicios sociales. Si bien existe en el texto una evidente desconfianza por el tratamiento estatal del derecho de propiedad previo a 1973, tanto el sistema de concesiones mineras como de aguas, AFP, Isapres, además del proceso de privatizaciones y la modificación al Código del Trabajo, se realizaron mediante leyes durante la década de los ochenta. La segunda oleada de privatizaciones, de apertura comercial y de concesiones se realiza durante el gobierno de Frei y se consolida durante el de Lagos. Muchas de ellas no requirieron legislación alguna, menos aún sustento en la ley constitucional de 1980/89⁷.

B. LA "DEMOCRACIA PROTEGIDA"

El sistema binominal y las leyes orgánicas constitucionales (LOC). La articulación del sistema de elección binominal con la regla de decisión de mayoría calificada asociada a las leyes orgánicas constitucionales (4/7 de parlamentarios para su modificación) generan una clara tendencia favorable al *status quo*. El efecto es particularmente irritante dado que gran parte del orden jurídico protegido por la regla de mayoría calificada fue promulgado en 1989, a pocos días de recobrase la democracia, y encarnan radicalmente el ideario de la dictadura. Las disposiciones constitucionales en esta articulación conservadora son el art. 66 inc. 2 (regla de la mayoría calificada) y la consagración de varias materias como LOC, entre ellas la ley electoral y educacional. Sin embargo, quizá una contribución igualmente significativa a la mantención del *status quo* proviene no de la ley constitucional, sino de la interpretación "extensiva" de las materias de LOC sostenida durante los noventa por la CS⁸. Por otra parte, las reglas sobre listas y doblajes del sistema binominal son materias de LOC, no constitucionales.

La democracia anti-popular. Terminada la dictadura, la sociedad fue marginada de la política, es decir, de la tarea de construir el Estado. El argumento fue una supuesta fragilidad de la gobernabilidad de entonces. La idea de que el gobierno debe construir consensos con las organizaciones de la sociedad civil para la construcción de políticas de Estado es rechazada por la Concertación. A diferencia de las organizaciones empresariales, la CUT, la Confech, las

5 El artículo 19 N° 21 de la Constitución es frecuentemente citado como aquél que contempla implícitamente el principio de subsidiariedad. Sin embargo, esta no es una interpretación necesaria de su texto. Al respecto, véase Vallejo, R y Pardow, D. (2008). Derribando mitos sobre el Estado empresario. En Revista *Chilena de Derecho*, 35(1), Santiago.

6 En particular, Alejandro Foxley (Ministro de Hacienda, 1990-1994), Ricardo Ffrench-Davis (director del Centro de Estudios del Banco Central, 1990-1992) y Edgardo Boeninger (Ministro de Secretaría General de Gobierno, 1990-1994).

7 Ruiz Encina, C. (2013). *Conflicto social en el "neoliberalismo avanzado". Análisis de clase de la revuelta estudiantil chilena*. Buenos Aires: CLACSO.

8 Ver Sierra, L. (2011). La supramayoría en la potestad legislativa chilena como anomalía democrática. En Sierra, L y MacClure, L. (2011). *Frente a la mayoría: leyes supramayoritarias y tribunal constitucional en Chile*. Santiago: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

organizaciones de D.D.H.H., el Magisterio y otras organizaciones gremiales son excluidas de participar de la deliberación política. Esta característica de nuestra democracia se encuentra en el espíritu, mas no necesariamente en la letra, del art. 23 del texto constitucional, que mantiene su redacción original y hasta el momento no parece haber sido objeto de polémica.

Competencias del Tribunal Constitucional (TC). Aunque problemática, no es extraño desde una perspectiva de derecho comparado que el TC goce de competencia preventiva. Es sin embargo en la reforma constitucional de 2005, curiosamente, cuando se expande el control preventivo (control de la legislación del Congreso y de la potestad reglamentaria del Ejecutivo), estableciéndose, en la práctica, al Tribunal Constitucional como una tercera cámara. El problema se profundiza significativamente a consecuencia de la progresiva “binominalización” de los nombramientos.

C. RESTRICCIONES SOCIALES

Desmantelamiento de los sindicatos. Diversas disposiciones constitucionales establecen restricciones a la organización sindical, como por ejemplo la ilegalidad de la huelga de los funcionarios del Estado y de empresas que cumplan funciones de interés público (art. 19 N° 16). Pero las principales restricciones que debilitan la organización sindical se encuentran a nivel legislativo, sin protección contramayoritaria, como por ejemplo la prohibición de la negociación por rama, el paralelismo de los sindicatos en la negociación colectiva, el reemplazo en la huelga y las dificultades para la constitución de sindicatos.

Desmantelamiento de la educación pública. La regulación constitucional se limita a garantizar la existencia de un sistema educacional mixto, es decir, de provisión público y privada, en la forma de garantía a la educación y libertad de enseñanza (artículos 19 N° 10 y 11). La dramática disminución de la educación pública (de 78% en 1980 a 37,5% en 2012⁹) se explica por la regulación legal: a) LOCE (de 1990, pero reformada en 2009 por la LGE) que establece las exiguas exigencias para crear colegios particulares subvencionados; b) Ley de Subvenciones (originada en dictadura y reformada los años 1992, 1996, 2008 y 2015), regula el copago y la jornada escolar completa¹⁰.

D. PROBLEMAS MORALES Y DE TEORÍA DE LA JUSTICIA

Para finalizar esta numeración ejemplar, cabe señalar que el texto constitucional no contiene una definición de familia¹¹, no establece una prohibición de la interrupción del embarazo ni concibe al no nacido como persona¹². Por tanto, no existe una limitación en el texto constitucional para el matrimonio igualitario o la despenalización del aborto. Ambos continúan siendo problemas de índole legislativa.

9 Fundación Sol. (2012). *El desalojo de la educación pública*. Recuperado de: <http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2011/12/Ideas-1-Institucionalidad-y-Desarrollo.pdf>

10 Recientemente se eliminó el copago y se aumentó la subvención. En general, esta ley establece los cuantiosos recursos que se entregan a la educación particular subvencionada. Ver Larenas, F. y Sandoval, P. (2015). ¿Hacia dónde va la desmunicipalización?. *Cuadernos de Coyuntura* (7), pp. 27-36.

11 La Constitución señala, en su artículo primero, que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”; la interpretación según la cual se refiere a la familia matrimonial y, por ende, constituida por un hombre y una mujer, carece de fundamento constitucional.

12 El artículo 19 N° 1 de la Constitución, sobre el derecho a la vida, establece que “la ley protege la vida del que está por nacer.” Mismo expresión que encontramos en el Código Civil. Por tanto, no sólo el texto parece indicar que no es una persona sino un objeto de protección, además la Constitución mandata dicha protección a la ley, lo que es coherente con el hecho de que el Código Civil expresamente establece que persona es solamente el ya nacido.

Ahora bien, si la precedente descripción de los elementos centrales del legado constitucional de la dictadura admite considerarse como verosímil, entonces resulta evidente que la solución al problema político-constitucional chileno no depende, sino oblicuamente, de una modificación o una revisión total de la ley constitucional de 1980/89 (o de 2005, si se quiere). El problema es la Constitución, no la ley constitucional. Esto, por cierto, explica en mejor luz la generalizada indiferencia ciudadana frente al problema del texto constitucional. Como intentan mostrar varias encuestas, el “problema constitucional”, a diferencia del de la salud, educacional y previsional, no cuenta entre las principales preocupaciones políticas de la ciudadanía¹³. Este fenómeno no tiene por qué deberse a la irrelevancia del problema (como insiste majaderamente el pinochetismo), ni a una supuesta apatía política generalizada. Es altamente probable, en cambio, que quienes fueron encuestados estén preocupados precisamente por el problema constitucional, entendiendo por esto, correctamente, algo que no tiene mucho que ver con la ley constitucional. No en la vigencia de un texto, sino precisamente en salud, educación y previsión, es donde se emplaza el problema constitucional ciudadano.

III. LA DISCUSIÓN PROCEDIMENTAL COMO CANCELACIÓN DEL PROBLEMA POLÍTICO

Los términos de la discusión actual, sin embargo, no sólo opacan toda dimensión política del problema constitucional, obviando referirse a los elementos esenciales de la constitución de la dictadura, sino siquiera alcanzan a centrarse en la ley constitucional de 1980/89. La discusión, antes bien, ha sido casi monopolizada por la estéril preocupación acerca del procedimiento de generación de un nuevo texto constitucional. Las propuestas al respecto cubren un amplio espectro político, desde modificar el texto con observancia del procedimiento de modificación regular, pasando por modificar levemente el art. 15 (para extender la permisión de convocar a plebiscitos), por conformar una comisión bicameral en el Congreso y hasta la necesidad de convocar, mediante un decreto presidencial¹⁴, un plebiscito y una Asamblea Constituyente como vía para recobrar el “poder constituyente originario”.

Algunas propuestas en concreto¹⁵: parlamentarios de la Nueva Mayoría e independientes organizaron una “Bancada por la Asamblea Constituyente”, cuyo manifiesto pretende superar los fantasmas que rodean el concepto, pero cuyo contenido o propuesta, incluso procedimental, brilla por su ausencia¹⁶. El Partido Socialista definió en su último Congreso apoyar la demanda por una Asamblea Constituyente (AC). Su mesa directiva elaboró una propuesta que contempla convocar a un plebiscito que defina si se convoca a una AC y crear, en la afirmativa, un Colegio Constituyente de 200 personas, compuesto por i) diputados y senadores elegidos entre sus pares; ii) ciudadanos convocados por sorteo; y

13 De acuerdo a la encuesta CEP de agosto 2015, sólo el 1% de los encuestados (3 sobre 300) identifica la Reforma constitucional como uno de los problemas que requiere mayor esfuerzo solucionar. Ver CEP. (2015, agosto). *Estudio nacional de educación pública* N° 74. Recuperado de: http://www.cepchile.cl/dms/archivo_6053_3756/EncuestaCEP_Agosto2015.pdf

14 Atria, F. Y Salgado, C. (2013, 13 de diciembre). El plebiscito por una nueva Constitución y su interpretación antidemocrática. *El Mostrador*. Recuperado de: <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2013/12/13/el-plebiscito-por-una-nueva-constitucion-y-su-interpretacion-antidemocratica/>. Muñoz, F. (2013, 15 de abril). Así se debe hacer la nueva Constitución de la que habla Bachelet. *El Mostrador*. Recuperado de: <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2013/04/15/asi-se-debe-hacer-la-nueva-constitucion-de-la-que-habla-bachelet/>.

15 Al respecto, véase Álvarez, M.C. y Carreño, C. (2015, 20 de septiembre). La compleja búsqueda de un consenso para la nueva Constitución. *La Tercera*. Recuperado de: <http://www.latercera.com/noticia/politica/2015/09/674-647977-9-la-compleja-busqueda-de-un-consenso-para-la-nueva-constitucion.shtml>

16 Véase el manifiesto en: <http://elmostrador2015.mzoo.com/media/2014/06/Manifiesto-por-AC.pdf>

iii) ciudadanos elegidos por un sistema proporcional¹⁷. Una propuesta similar han hecho el PPD y el PC, aunque con diferencias en el número de delegados y la forma de elegirlos¹⁸. Los demócratacristianos formaron una Comisión integrada, entre otros, por Patricio Zapata, Jorge Correa Sutil, Gutenberg Martínez y Laura Alborno, cuyo documento de conclusiones, titulado “Lo que nos une”, no se pronuncia sobre el procedimiento pero sí aborda propuestas de fondo. Señala que debe evitarse una Constitución partisana, haciendo alusión explícita a no consagrar ni un sistema neoliberal ni uno socialdemócrata, sino una limitación del poder estatal, un catálogo de derechos y garantías fundamentales clásicas, una democracia representativa y mecanismos de participación¹⁹. El movimiento Revolución Democrática ha sido enfático en su apoyo a una Asamblea Constituyente²⁰. Su minuciosa propuesta procedimental contempla a) un plebiscito sobre los diversos procedimientos para cambiar la Constitución; b) la elección de representantes populares; y c) un plebiscito ratificadorio del texto constitucional. Una postura similar ha planteado el precandidato presidencial Marco Enríquez-Ominami. RN ha planteado reformas específicas que morigeren el acentuado presidencialismo existente, sosteniendo, sin embargo, que cualquier modificación debe realizarse a través de “los canales institucionales vigentes”²¹. Especial importancia en la discusión procedimental ha adquirido la creación, a iniciativa de Ricardo Lagos, de la plataforma *tuconstitucion.cl*, cuyo Consejo Directivo se compone de un grupo políticamente transversal de constitucionalistas, entre los que se encuentran Francisco Zúñiga (PS), Francisco Soto (PPD), Lucas Sierra (CEP), Jorge Correa Sutil (DC) y Gastón Gómez (RN). Esta iniciativa aparece como la más ambiciosa en términos del debate de fondo y articulación entre posiciones políticas, académicas y ciudadanas²². Finalmente, organizaciones sociales como el movimiento *Marca tu voto* o *Marca AC*, han señalado explícitamente el carácter meramente procedimental de su propuesta, argumentando que el debate de fondo estrecharía la base de apoyo de una AC, pues haría emerger las diferencias.

En paralelo, el foro de constitucionalistas ha comenzado a participar en la discusión: Francisco Zúñiga (PS, coordinador de la comisión para la elaboración del capítulo constitucional del programa presidencial de la Nueva Mayoría) propone tres procesos paralelos: a) la formación de una Comisión de Expertos; b) una agenda corta de reformas que resuelvan el déficit de legitimidad de la actual constitución que contemple: i) quórum único de mayoría de parlamentarios en ejercicio para aprobar una reforma constitucional; ii) potenciar el mecanismo de audiencias públicas en el parlamento; y iii) referéndum previo a la aprobación de la reforma; y c) ingreso de un proyecto de reforma a la Constitución, que especialmente se haga cargo de los cerrojos constitucionales: i) los quórum de reforma constitucional; ii) el sistema electoral; iii) los quórum de supramayoría de la actual Constitución; y iv) la competencia del Tribunal Constitucional, lo que lo hace una tercera cámara legislativa²³. Jorge Correa Sutil (DC), por su parte, propone abordar el texto constitucional “más con una goma que con un lápiz”. Plantea lo que se podría denominar una “Constitución mínima”, limitada al ámbito político, con una posición neutral en el marco de las reglas democráticas

17 *Op. Cit.*, 15.

18 *Ibid.*

19 Democracia Cristiana. (2015, agosto). *Lo que nos une*. Recuperado de: <http://re-visiondc.cl/?p=6284>

20 Revolución Democrática. (2014). *Plebiscito sobre una nueva constitución y propuesta de asamblea constituyente*. Recuperado de: <http://www.revoluciondemocratica.cl/wp-content/uploads/2015/05/Revolucion%CC%81n-Democracia%CC%81tica-2014-Plebiscito-sobre-nueva-Constitucion%CC%81n-y-propuesta-de-Asamblea-Constituyente1.pdf>

21 *Op. Cit.*, 15

22 Una lectura política de esta iniciativa ha sido abordada en Arellano, F. y Aylwin, S. (2015). La desconexión entre sociedad y política. *Cuadernos de Coyuntura*, (8), pp. 5-16.

23 CEP. (2015). *Diálogos constitucionales. La academia y la cuestión constitucional en Chile*. Santiago: CEP ediciones, pp. 25 y ss.

formales. En concreto, a) no pronunciarse sobre el “tamaño del Estado”; b) entregar la regulación económica-social a la legislación y no a la constitución, sin jurisdicción general de los tribunales de justicia sobre estos; c) lo relevante es la igualdad y competencia política, regulando los procedimientos de elección de autoridades. En definitiva, señala Correa, “en el plano constitucional, la clave para favorecer la igualdad está mucho más en la arquitectura del poder que en la consagración de derechos”²⁴. Una posición similar sostiene Enrique Navarro (políticamente de centro, sin militancia, ex ministro del Tribunal Constitucional nombrado por la Corte Suprema) quien sostiene que en promedio las constituciones de los países de la OCDE contienen diez mil palabras, mientras que la nuestra tiene diecisiete mil²⁵. La postura que ha sostenido en el debate Fernando Atria (PS, a quien dirigentes de RD le han reconocido influencia en el movimiento) es compatible con las anteriores. Abierto a diferentes opciones procedimentales, mientras no estén atadas al procedimiento establecido en la ley constitucional, propone desactivar los dispositivos que denomina “neutralizaciones de la voluntad del pueblo”, es decir, entramados constitucionales que impiden identificar la voluntad general. Fundamentalmente: a) el sistema binominal, b) el Tribunal Constitucional y c) los quórum contramayoritarios, en especial, el de reforma constitucional²⁶.

Así, como puede apreciarse, en el mundo progresista se ha arribado a cierto consenso en torno a la idea de convocar a una Asamblea Constituyente de generación electoral, bajo el mandato exclusivo para elaborar un texto de nueva Constitución, a fin de ser refrendado o rechazado mediante plebiscito. El problema constitucional chileno, sin embargo, no es procedimental, sino sustantivo; y el déficit principal de las posturas progresistas (como Marca AC, ME-O o Revolución Democrática) no radica en su respuesta procedimental, sino en la pregunta que asumen debe responderse y en lo que implica el responderla.

Lo primero que debe llamar la atención son las consecuencias políticas negativas que tiene la ingenuidad teórica asociada a la idea de un procedimiento de legitimación originario. El progresismo parece estar empeñado en la búsqueda de las condiciones de justicia procedimental perfecta desde la cual podría obtenerse un nuevo texto constitucional capaz de neutralizar toda disputa hegemónica posterior. Pero si la distinción entre Constitución y ley constitucional es tomada en todo su peso, entonces resulta inevitable concluir que la propia idea de un procedimiento de generación de un texto constitucional es tanto la promoción como la satisfacción inmediata de determinado contenido constitucional sustantivo. Cuando, bajo la aparente neutralidad que otorga hablar del procedimiento, se recomienda una comisión bicameral, un plebiscito, una Asamblea Constituyente o un procedimiento electoral especial, lo que se está haciendo, oblicua pero irremediamente, es promover cierto contenido constitucional sustantivo. Pues, por ejemplo, ¿podría una constitución aprobada por plebiscito carecer de elementos plebiscitarios? ¿O podría una asamblea bicameral proponer un parlamento unicameral?

El problema central aquí es que la presentación oblicua de una postura política sustantiva termina por socavar las bases de la propia crítica a la Constitución pinochetista, a la vez que cancela cualquier posibilidad de apropiación ciudadana del problema constitucional. La paradoja resulta evidente: la fuerza de la crítica al orden constitucional actual radica en la abierta imposibilidad, tanto de llevar una vida colectiva como de alcanzar una articulación

24 Correa, J. (2015, 19 de junio). Una Constitución que favorezca la igualdad. *El Mostrador*. Recuperado de: <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/06/19/741771/>

25 *Op. Cit.*, 24.

26 *Op. Cit.*, 4, pp. 44 y ss.

política democrática. Pero para satisfacer el procedimiento de legitimación de un nuevo texto constitucional son necesarias exigentes condiciones políticas, las que no pueden sino venir definidas por el orden constitucional actual. Luego, precisamente toda la radicalidad del alegato constitucional ciudadano tiende a debilitarse si las condiciones de legitimación de un procedimiento democrático pueden alcanzarse bajo el orden constitucional actual. Esto muestra en qué medida la crítica progresista al orden constitucional es una crítica domesticada, pues si es posible en las condiciones actuales el convocar cabildos, plebiscitos y asambleas constituyentes, entonces el problema constitucional no parece ser tan grave. “Pensar en la llave confirma la prisión” (T.S. Elliot).

Esta domesticación se exhibe también, acaso con mayor gravedad, en su dimensión práctica. Desde luego no hay ninguna razón para presumir, si el diagnóstico sobre la impermeabilidad del orden constitucional pinochetista es correcto, que la idea progresista se impondrá en todas las fases del procedimiento constituyente. Aquí no es relevante la estrategia para “vencer”, sino sólo reparar en el peligro de que, por la obsesión de cubrirnos la espalda terminen descubiertos los pies. Pues el diagnóstico que respalda la asamblea constituyente es que la creciente crisis de la Constitución de la dictadura es producto de la incapacidad del gobierno, del Congreso y de la elite política para conducir la reestructuración definitiva de la Constitución. Esto es correcto, pero parcial. Si bien es cierto que el sistema político es responsable de la larga perdurabilidad del programa constitucional de la dictadura, no es, por mucho, el único responsable²⁷. Esta reducción del problema encierra el peligro de impermeabilizar otros (acaso los verdaderos) responsables del funcionamiento y permanencia del modelo, tales como los agentes financieros, los grandes propietarios y empresarios, los medios de comunicación pinochetistas y la hegemonía de cierta cultura iuspublicista, entre otros. Si el problema constitucional es tan radical como se cree, esta superestructura seguirá operando, acaso con mayor intensidad, en el proceso de selección de los diputados constituyentes y de discusión pública de la nueva Constitución. La idea de la Asamblea Constituyente tiende a desconocer o subestimar la responsabilidad central que cabe a otros actores, opacando su actual contribución sustantiva al orden constitucional y permitiendo, con ello, que puedan seguir gobernando su despliegue.

En este sentido, especial mención requiere la propuesta del sociólogo Manuel Antonio Garretón, para quien la desconexión entre política y sociedad es un arma de doble filo. Si bien ha permitido la articulación de apuestas políticas y sociales que pretenden superar la transición, no es obvio que éstas logren dar ese salto. Así, ésta desconexión puede crecer aún más degradando toda la vida social. Propone Garretón asumir el proceso constituyente como la única posibilidad de iniciar un nuevo ciclo. Aquí el proceso es más que una forma, es la fórmula para politizar la sociedad, por ejemplo, con un plebiscito que consulte convocar a una AC. Este plebiscito tiene no sólo el efecto consultivo, sino, además, formativo de la ciudadanía²⁸. Ésta propuesta asume el fondo, pagando con el riesgo de sacrificarlo. ¿Qué asegura que este proceso no sea cooptado por el bloque hegemónico, considerando, a confesión de parte, que no hay articulación suficiente para superar el régimen neoliberal?

Uno de los rasgos más notables de nuestra discusión constituyente actual es que la reacción algo paranoica de la derecha y de algunos líderes *de facto*, como Gutenberg Martínez y Camilo

27 Menos lo es el sistema electoral ni la crisis de confianza en las instituciones electorales, como parece creer Correa Sutil. Ver Correa, J. (2015, 19 de agosto). Septiembre y el proceso constituyente. *El Mercurio*. Recuperado de: <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/08/29/34751/Septiembre-y-el-proceso-constituyente.aspx>

28 Garretón, M. A. (2014, abril). Plebiscito para un Asamblea Constituyente. En *Le Monde Diplomatique*, (150), p. 4.

Escalona, parece ser producto no de la posibilidad de dictar una nueva ley constitucional, sino más bien de la propia idea de una Asamblea Constituyente. Y el rasgo más lamentable de la respuesta progresista, intentando apaciguar el nerviosismo, es que en realidad en una Asamblea Constituyente a la chilena nada extraordinario sucedería²⁹. Es precisamente esta izquierda domesticada la que invisibiliza el genuino problema constitucional.

IV. LA DISPUTA SUSTANTIVA COMO SÍMBOLO DE LA DESARTICULACIÓN

Diagnosticada esta devaluación de la discusión ¿puede considerarse hoy realmente el problema constitucional como el punto central de la discusión pública? La tesis sostenida precedentemente es que los términos y la dirección de la discusión actual han ocultado el genuino problema: la excesiva atención procedimental en el texto ha opacado la dimensión constitucional de los conflictos emergidos en los últimos años. Ahora, desde la devaluación de la discusión no puede derivarse la irrelevancia del problema constitucional. Al contrario, si la Constitución material contiene un restrictivo marco neoliberal, antidemocrático y conservador, la oposición a estos elementos expresa en sí un cuestionamiento al orden constitucional pinochetista, con independencia de que no sea formulado en el (para estos efectos, impreciso e impotente) lenguaje jurídico-constitucional.

La lucha de los trabajadores subcontratados, el conflicto educacional y docente, las organizaciones territoriales enfrentadas a las consecuencias medioambientales de megaproyectos, la presión por el reconocimiento de los derechos civiles de las minorías sexuales y de la mujer, entre otras, constituyen, en general, movilizaciones que pueden llegar a articularse como una crítica contra la excesiva privatización de las condiciones de vida en Chile. El elevado costo de reproducción de la vida, la incertidumbre ante el futuro individual y el desmembramiento de la sociedad como espacio de responsabilidad, han creado identidades al alero de las propias transformaciones vividas durante los últimos 40 años. En definitiva, los hijos de la Constitución se rebelan contra la soledad del individuo y sus indeterminadas condiciones de existencia³⁰. Este malestar se inscribe, así, como un problema en el seno de la Constitución material que, aunque activistas pretendan dirigirlo sin mayor éxito al texto constitucional, no deja de tener una genuina potencialidad constituyente.

Es importante, no obstante, no cometer el error contrario: concluir que toda oposición a elementos específicos del Estado subsidiario conservador constituye un cuestionamiento del orden constitucional. En primer lugar, porque ello podría sobreinterpretar la crítica social contra elementos específicos del Estado subsidiario. La apatía política ciudadana o la oposición de sectores sindicales a la reforma laboral, por ejemplo, no constituyen en sí una crítica racionalmente articulada contra la democracia protegida o el orden laboral neoliberal, respectivamente. Segundo, porque, en términos generales, tanto la profundidad de las críticas específicas como el carácter social que ellas representan son cuestiones que aún parecen estar en disputa. La lucha feminista, por ejemplo, está sometida al riesgo real de volverse elitista; la educacional, de resolverse económicamente dentro del Estado subsidiario; la de los subcontratados, de disolverse mediante una equiparación de sus condiciones con las de los contratados, etc. La profunda implementación del Estado subsidiario en Chile

29 Véase, por ejemplo, Enríquez-Ominami, M. (2015, 18 de mayo). La crisis de la monarquía electiva ya no sirve para fomentar la inversión económica. *El Mercurio*. Recuperado de: <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/05/18/31897/La-crisis-de-la-monarquia-electiva-ya-no-sirve-para-fomentar-la-inversion-economica.aspx>

30 Ruiz, C. y Boccardo, G. (2015). *Los chilenos bajo el neoliberalismo*. Santiago: Ediciones El Desconcierto-Fundación Nodo XXI.

le permite contar todavía con herramientas suficientes para disolver internamente toda disputa específica, neutralizando con ello (como en el 2006 con la “revolución pingüina”) su potencial constituyente o transformador. En tercer lugar, y más importante, porque un cuestionamiento del orden constitucional requeriría articular una crítica general común, capaz de trascender el malestar ante sus elementos específicos. La lucha medioambiental no contiene la misma crítica que la de los movimientos feministas o que la educacional, por ejemplo.

Es en la peculiar cohabitación en el seno del movimiento educacional donde aparecen reflejadas con mayor claridad las contradicciones antes mencionadas. Por una parte, existe un sector tradicional minoritario, sometido a mejores condiciones y con mayor capacidad de presión en el sistema político, con rectores agrupados en el Cruch y estudiantes en la Confech. Por otra, un sector privado mayoritario, profundamente mercantilizado, heterogéneo (universidades de masas con orientación mercantil frente a otras con pretensiones académicas³¹) y con estudiantes precarizados al extremo, casi sin capacidad de organización ni presión. El sector tradicional, por un lado, arrastra tanto reminiscencias del modelo educacional anterior como la dificultad para incorporar al naciente, pero enorme, sector privado en su lucha. Los estudiantes del sector privado, por la otra, se encuentran, a consecuencia de su mayor exposición a los abusos, más abiertos a aceptar soluciones que alivien sus actuales condiciones de endeudamiento, con independencia de que éstas impliquen una profundización del sistema educacional de mercado. Como vemos, el contenido crítico del malestar es una cuestión ambigua en la propia base social del movimiento educacional. Y más grave aún, es el propio sistema subsidiario el que incentiva, mediante una disolución del problema dentro de sus propios márgenes, la desarticulación del movimiento estudiantil en una variante tradicional y una privada.

¿Contiene entonces la disputa estudiantil la posibilidad de trascender hacia una lucha constituyente? Sólo potencialmente. En tanto disputa parcial, el movimiento estudiantil no puede aspirar a transformar toda la Constitución pinochetista. Pero sí podría aspirar a introducir el germen definitivo de su transformación: si se extraen del mercado ámbitos del sistema educacional, garantizándolos como derechos, entonces se introduce en el sistema neoliberal un elemento extraño y contradictorio. Ello, eventualmente, podría traer como consecuencia una apertura a la transformación. Pues, como correctamente entiende la derecha, el orden neoliberal no podría ser el mismo con un derecho social a la educación en su interior. La oposición tenaz del pinochetismo y de parte de la Concertación frente al movimiento estudiantil no sólo se debe al interés en rescatar algunos pesos del dinero invertido en educación, sino a que, en último término, es en la propia noción de derecho social donde está en juego el cuestionamiento más profundo a la ideología neoliberal. Un derecho social a la educación, potencialmente, podría significar el comienzo del derrumbe de la Constitución de Pinochet.

V. LA NECESIDAD DE UNA REARTICULACIÓN TRANSFORMADORA

Con lo mencionado hasta ahora tenemos razones para afirmar que la genuina disputa constitucional existe más allá del texto y de lo procedimental. Centrar el problema en estos aspectos difumina la posibilidad de una transformación constitucional significativa. Pues la

31 A veces pertenecientes al mismo grupo económico, como sucede con el grupo extranjero Laureate International University que controla la Universidad de las Américas y la Universidad Andrés Bello.

discusión constitucional procedimental termina por renunciar al punto central de la cuestión: la necesidad de fundar un orden político concreto. Asumir el desafío de fondo no significa suprimir la neutralidad a la que aspira el constitucionalismo chileno, para así imponer una visión parcial de la sociedad. Implica, más bien, no evadir el carácter sustantivo del problema, tampoco los recientes procesos históricos de la sociedad chilena ni el potencial crítico ante las instituciones vigentes. En definitiva, asumir el desafío de fondo implica apropiarnos de la disputa constitucional como parte de un programa político transformador.

Este programa político, si existe, se sostiene gracias a una base social débilmente articulada. La crítica a la Constitución es una crítica latente, aparentemente inactiva. Sólo la historia podrá decir si resultó estéril o devino en realmente activa. Su proyección y eventual éxito dependerá de la capacidad de articular las diferentes disputas políticas y sociales en una sola fuerza política transformadora. La promesa que llevó a la Nueva Mayoría a la victoria electoral fue precisamente encarnar dicha fuerza: plantearse como la articulación definitiva de la transformación estructural. En su caso, como siempre, la tragedia devino en comedia: es el fracaso de las reformas estructurales, el regreso de la Concertación y su "realismo", la marca definitiva del fracaso de su conducción del proceso constituyente. Está por verse si alguna de las disputas sociales activas es capaz de introducir el germen de la transformación. ▼

SUSCRIPCIONES:

PARA RECIBIR CADA EDICIÓN DE LOS CUADERNOS DE COYUNTURA EN TU DOMICILIO, CONTAMOS CON UNA MODALIDAD DE DONACIONES Y SUSCRIPCIÓN.

► ¿CÓMO PUEDES APOYARNOS?

1. Comprometiéndote con un aporte mensual de 5.000, 10.000, 15.000 pesos o una cifra mayor en la medida de tus posibilidades.
2. A todos quienes hagan un aporte mensual de 5.000 pesos o más se les enviará a su domicilio cada versión de los Cuadernos de Coyuntura que editamos bimestralmente.
3. Puedes elegir la modalidad de pago entre hacer un depósito bancario o una transferencia electrónica mensual a la Cuenta Corriente de Fundación Nodo XXI.



► ¿QUÉ DATOS NECESITAS PARA HACER TU DEPÓSITO?

- Fundación Nodo XXI - RUT: 65.065.819-1
- Cuenta Corriente N°:
008000240709 - Banco de Chile
- Correo de confirmación:
suscripciones@nodoxxi.cl

► ¿A QUÉ DESTINAMOS LAS DONACIONES?

- A la elaboración y difusión de material de estudio sobre problemáticas políticas, sociales, económicas y culturales, con una perspectiva de derechos y un enfoque que destaca por su originalidad y compromiso con el cambio social.
- A la organización de actividades de formación de masas críticas a través del debate, la deliberación y construcción de miradas colectivas, especialmente en conjunto con organizaciones y movimientos sociales de relevancia nacional.
- A la elaboración y socialización de propuestas y opiniones relevantes para la apropiación crítica de nuestra realidad, a través de material para medios de comunicación, redes sociales, columnas de opinión y campañas.