

RUPTURA O CONTINUIDAD INSTITUCIONAL: ¿NECESITA CHILE UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE?

Jorge Jaraquemada Roblero¹

Héctor Mery Romero²

O bien la Constitución es una ley suprema, superior e inmodificable por los medios comunes, o se encuentra en el mismo nivel que la ley simple y, como esas leyes, puede ser modificada cada vez que el Congreso lo desee. Si la primera alternativa es cierta, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es cierta la segunda alternativa, entonces las constituciones escritas son intentos absurdos del pueblo para limitar un poder naturalmente imposible de limitar.

John Marshall, juez de la Corte Suprema norteamericana, 1803

Resumen

Los movimientos sociales han centrado su crítica en “el modelo” surgido de la Constitución de 1980. Dada la supuesta ilegitimidad, hermetismo y falencias democráticas de la Carta Fundamental, una asamblea constituyente sería la solución a todas las injusticias que afectarían a Chile. Sin embargo, una mirada atenta de las experiencias constituyentes propiciadas por las izquierdas más extremas de América Latina en las últimas décadas muestra que ha sido un mecanismo para concentrar el poder en el Ejecutivo, despreciando la democracia representativa y evitándo los contrapesos institucionales. Pretenderlo para Chile sería renunciar al desarrollo institucional que ha fundado en la representación política el cauce adecuado y democrático para la adopción de decisiones políticas. No parece razonable, entonces, transitar ese camino. El actual texto constitucional –legitimado de múltiples maneras– ha realizado aportes significativos a la estabilidad y gobernabilidad del país desde el retorno a la democracia. Uno de ellos fue incorporar mecanismos para que las mayorías no arrasen los derechos de las minorías, pues la finalidad de las

1 Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magister en Ciencia Política, Universidad de Chile. Director Ejecutivo de la Fundación Jaime Guzmán.

2 Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Abogado Integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago. Director del Área Municipal de la Fundación Jaime Guzmán.

constituciones es, precisamente, garantizar la libertad y la dignidad de todas las personas.

Prolegómeno

Los movimientos sociales de 2011, que mezclaron reclamaciones estudiantiles –como la gratuidad de la educación– con otras de carácter netamente político –como la nacionalización del cobre–, terminaron por identificarse con la respuesta a una supuesta crisis institucional irreversible relacionándola, además y sin mucho análisis, con dos eventos mundiales coincidentes como fueron la denominada “primavera árabe” y la crisis del Estado de bienestar europeo. Esto llevó a distintos sectores a señalar que lo que se encuentra en crisis es “el modelo”, categoría cuyo tratamiento es lo suficientemente difuso y hasta confuso como para que suponga incluir al Estado, la sociedad, la economía, la educación y los demás elementos que, para los más vehementes en el reclamo, solo cambiarán si una asamblea constituyente pone término a la Constitución de 1980.

Para los exponentes de esta postura, nuestro sistema institucional no da respuestas satisfactorias a muchos de los problemas que nos aquejan, ni es lo suficientemente flexible: dada la dificultad para realizar cambios legislativos en las materias regidas por leyes orgánicas constitucionales que requieren de quórum más altos que la mayoría simple para su modificación. Lo anterior, se sostiene, se agrava si se tiene en cuenta el sistema de representación electoral contemplado para integrar el Congreso Nacional. El pecado original estaría en una Constitución que fue concebida y aprobada por un gobierno militar autoritario, de espaldas a la población, que, sin ningún título y por la fuerza, se atribuyó a sí mismo el poder constituyente.

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

Las instituciones actualmente vigentes impedirían hacer realidad ese ideal. La confabulación de los más poderosos, que se resistirían a perder sus privilegios y posición ventajosa frente a las grandes masas postergadas, implicaría

que toda discusión para cambiar las reglas del sistema con arreglo a sus principios y normas sea una imposibilidad total. Todo debate sería estéril pues las leyes de quórum y el sistema electoral serían obstáculos formidables e invencibles que repelen el diálogo ciudadano y la posibilidad de crear consensos que permitan dotar a nuestro país de instituciones aceptadas por todos.

Así piensan algunos. Nosotros no, desde luego.

Todas estas consignas tienen un substrato ideológico muy parecido a las ideas actualmente en boga entre las izquierdas más extremas de América Latina, que proponen –como ya lo hicieron en el pasado reciente y a pesar de la caída del Muro de Berlín– la construcción de un hombre nuevo y la superación de la democracia representativa mediante el impulso de los movimientos sociales. En efecto, al examinar su discurso es posible advertir una propuesta de desinstitucionalización, considerada necesaria para que surjan nuevas formas de distribución del poder.³ Es frecuente la mención de la inutilidad de la democracia representativa ante el claro beneficio de una democracia directa o plebiscitaria, es decir, un proceso de permanente diálogo dialéctico de construcción de realidad por medio del discurso y un reordenamiento del tipo de organizaciones que son funcionales a este sistema, donde los partidos políticos son reemplazados por orgánicas sociales puntuales, flexibles, intermitentes y – ¡cómo no!– afines.⁴

En síntesis, un avance hacia la atomización de las organizaciones con el propósito de concentrar el poder en un órgano único –que puede ser el Ejecutivo– pero sin necesidad de rendir cuentas y evitando los equilibrios institucionales. Por algo la principal consigna en Argentina por estos días es “vamos por todo”, aludiendo a la concentración máxima de las facultades y atribuciones en la presidencia, en desmedro de los demás poderes del Estado.⁵ Por otra parte, es curioso constatar que entre las fuerzas de izquierda extrema de España también se presentan cuestionamientos a la legitimidad de una de las constituciones que en Chile se cataloga como un modelo de la adopción de un texto consensuado, y con un Estado social.⁶

3 Al efecto puede verse: Žižek, Slavoj, *El más sublime de los históricos*, (Paidós) 2013; Rosanvallon, Pierre, *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*, (Manantial) 2011; y Rosanvallon, *La nueva cuestión social. Repensar el estado providencia*, (Manantial) 2011. En el plano doméstico puede revisarse: Salazar, Gabriel, *En el nombre del poder popular constituyente (Chile, Siglo XXI)*, (Lom Ediciones) 2011.

4 Bensaïd, Daniel, “El escándalo permanente”, en Por todos, Agamben, Giorgio, *Democracia ¿en qué estado?*, (Prometeo Libros) 2010, p. 48.

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

6 Por ejemplo, durante la última celebración del día de la Constitución española (6 de diciembre de

¡Qué gran contradicción la que se nos propone! Es parte de la dialéctica con la que se nos quiere hacer creer que un cambio constitucional será más proclive a la existencia de libertades, cuando precisamente se está apuntando hacia un control de la sociedad, de la persona como sujeto de derechos y de su capacidad para organizarse libremente en lo que llamamos sociedades intermedias y que, en muchos casos, le dan sentido a la vida en sociedad del ser humano. Ese discurso quejumbroso e indignado está en boca de muchos que ansían cambiarlo todo. Algunos tienen fe en que la amenaza de violencia callejera es más eficaz que la persuasión por vías racionales. El miedo, en último término, parece una herramienta más eficaz que lo fatigoso que resultaría argumentar y convencer al otro.⁷

Acometer contra las supuestas injusticias de un sistema electoral y de un régimen de quórum para alcanzar reformas legales es un modo poco elegante de esquivar la reflexión acerca de la incapacidad de este discurso –muchas veces descalificatorio– para convencer a la ciudadanía. En efecto, este reclamo ha fracasado en captar adherentes precisamente donde hay que hacerlo: en las urnas. De hecho no deja de llamar la atención que la demanda de una asamblea constituyente surja con intensidad luego de las movilizaciones estudiantiles de 2011, poco después que un gobierno de centroderecha –el sector que majaderamente es acusado de beneficiarse del subsidio de las instituciones constitucionales– derrotara electoralmente a los proyectos políticos propuestos por la izquierda concertacionista y por la izquierda comunista. El primero planteó avanzar hacia una nueva constitución y terminó propiciando solo reformas variadas. El segundo, en cambio, sí planteó la sustitución constitucional por la vía de una asamblea constituyente.⁸

La democracia implica, en esencia, el gobierno de las mayorías con pleno respeto a las minorías. Requejo Rodríguez, asumiendo que el criterio mayori-

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

7 ¿A qué otra cosa pudo referirse la frase “El problema constitucional chileno es algo que tendrá que resolverse por las buenas o por las malas” de uno de los miembros de la comisión asesora de la candidatura presidencial de Michelle Bachelet para la dictación de una nueva Constitución? Véase diario *El Mostrador*, entrevista a Fernando Atria, 23 de abril de 2013, disponible en <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2013/04/23/el-problema-constitucional-tendra-que-resolverse-por-las-buenas-o-por-las-malas/>

8 Véanse los programas de los candidatos Eduardo Frei Ruiz-Tagle y Jorge Arrate Mac Niven respectivamente, durante la campaña presidencial de 2009.

tario es aquel que mejor expresa las preferencias ciudadanas, manifiesta que “en un Estado democrático, un principio mayoritario que hace que los más, sean quienes sean, decidan, resulta insuficiente. Además, es imprescindible un principio minoritario que involucre a los menos en un proceso de adopción de decisiones”.⁹ Cambios significativos a la estructura institucional no pueden ser realizados por la simple vociferación de grupos de presión. Las leyes que exigen mayorías calificadas tienen por objeto asegurar que en una democracia el proceso de toma de decisiones y la decisión misma cuenten con un apoyo amplio que legitime tanto a mayorías como a minorías políticas. A ello se suman otros mecanismos, como la posibilidad de solicitar comisiones investigadoras (2/5 partes en ejercicio de la Cámara), las preguntas escritas (1/3 de los diputados presentes) y las interpelaciones ministeriales (1/3 de los diputados en ejercicio), además de la legitimación activa para requerir al Tribunal Constitucional su control previo (1/4 de las cámaras).

En las últimas dos décadas en Chile se han construido consensos que a todas luces –y en el reconocimiento de todo el mundo– han sido la garantía para asegurar la estabilidad del sistema político y también del sistema económico social, y han permitido la gobernabilidad político administrativa que requiere el Estado. Desconocer este hecho podría significar, como en algunos países de la región ha sucedido, que una mayoría simple y circunstancial pueda efectuar cambios significativos a la institucionalidad, comprometiendo los acuerdos básicos de convivencia y la distribución del poder interno.

Quizás es este último punto el más complejo y sin duda el que más atrae a aquellos que desean hacer cambios a cualquier costo. Es evidente que la intención de fondo no es distribuir el poder de manera más homogénea en la sociedad, sino acumularlo o concentrarlo en algunas instituciones que les permitan gobernar sin los contrapesos de otros poderes del Estado. Eso es lo que se ha visto en los países que ya han transitado este derrotero, poniendo en riesgo el futuro de sus naciones en el período de mayor auge que América Latina ha tenido en décadas. Basta mirar la concentración de poder en el Ejecutivo que se ha producido en Venezuela después de la aprobación de la Constitución de 1999 y las sucesivas reformas que la siguieron, y que han debilitado significativamente su institucionalidad. Y también está el ejemplo reciente de Argentina, que ha resignado el control de la magistratura judicial a manos del Ejecutivo. Si esa es la democracia fortalecida que se propugna

⁹ Requejo Rodríguez, Paloma, *Democracia parlamentaria y principio minoritario. La protección constitucional de las minorías parlamentarias*, (Ariel Derecho) 2000, p. 27.

para Chile, más vale dejar a este pequeño país del sur del continente fuera de estas modas pasajeras y sin sentido.

No hay razones para abandonar el camino institucional. Aceptar una asamblea constituyente es apartarse de los cauces previstos para modificar la Constitución y las leyes. Es pretender que las instituciones cambien en respuesta a los que gritan en las calles y renunciar, de paso, a siglos de desarrollo institucional que han fundado en la representación política el cauce adecuado y democrático para la adopción de decisiones políticas. En definitiva, es negarle su valor intrínseco a las propias instituciones y caer en el reduccionismo de creer que la solución de todos nuestros males pasa por cambiar la Constitución. Un reemplazo constitucional sin rumbos predefinidos es una aventura temeraria no recomendable, más aun si se tienen en cuenta las enormes contribuciones que ese texto ha hecho a la convivencia y al acervo jurídico nacional. Es cierto que nadie los cuestiona explícitamente por ahora, pero una revisión incierta a futuro podría ponerlos en riesgo.

1. Aportes de la Constitución de 1980

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

En materia de derechos de las personas, es digno de mencionar el rol que cabe a estos como límites de la soberanía, así como el deber de respeto y promoción que le corresponde al Estado acerca de los mismos, según el orden

constitucional y los tratados internacionales suscritos por Chile que se encuentren vigentes. En el catálogo de los derechos, libertades y bienes jurídicos que hoy gozan de protección explícita se puede mencionar el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica de las personas, el repudio y prohibición de diferencias arbitrarias, el debido proceso, el principio de legalidad, el respeto y protección de la vida privada y de la honra, la libertad de conciencia, la tutela del medio ambiente, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, la libertad de afiliación y desafiliación a asociaciones de cualquier género, el estatuto de las libertades económicas, el robustecimiento de los derechos de propiedad y sus atributos y facultades, y, por último, la protección de los derechos en su esencia.

Los ámbitos señalados han permitido construir criterios de hermenéutica constitucional que, sin abandonar los cánones clásicos de interpretación de la ley contemplados en el Código Civil chileno, enriquecen esta tarea considerando las particularidades y la finalidad propia de este ejercicio intelectual. No cabe duda que el explosivo crecimiento de la jurisdicción constitucional, gracias al aporte del constituyente de 1980 en materia de recurso de protección y las tareas progresivamente confiadas al Tribunal Constitucional, ha generado transformaciones muy valiosas.

Aunque algunos critican ácidamente este fenómeno, llamándolo constitucionalización o vulgarización constitucional, a la par que dirigen sus juicios contra el recurso de protección imputándole deficiencias, distorsiones procesales y retardos jurisdiccionales, lo concreto es que ello no parece del todo verdadero. En efecto, no hay derechos sin acciones o garantías que den vida a esas libertades. Lo contrario se reduce a considerar las enumeraciones a que es tan dada toda Constitución a listas de mero valor lírico, sin correspondencia con la realidad. Es comprensible que algunos representantes de especialidades jurídicas puedan sentirse incómodos ante la aparición de categorías ajenas a sus disciplinas, pero una Constitución debe ser puesta al alcance de todos y usada profusamente en los debates políticos, judiciales o valóricos, bajando así a la ley común de las alturas en que la han puesto los fieles del positivismo legal. A este respecto, puede afirmarse que en la simpleza y brevedad de la Constitución Norteamericana radica su legitimidad, por el hecho de ser ampliamente conocida o, al menos, invocada.

En el marco de lo señalado, los tribunales que componen el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y los restantes operadores jurídicos han desarrollado una cultura y valores constitucionales que resumen la tradición y las

innovaciones que introdujo la Carta de 1980 y las reformas a su texto consensuadas desde 1989. Lo anterior ha permitido, incluso, desarrollar criterios y formas interpretativas que exceden con creces la labor de discernir qué quisieron decir al redactar los textos en análisis los miembros de la Comisión de Estudios de una Nueva Constitución, el Consejo de Estado, la Junta de Gobierno o los integrantes del Congreso Nacional, en su caso.

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

2. La Constitución de 1980 bajo permanente sospecha

Para sus críticos, las consideraciones señaladas parecen no importar. La Constitución es tachada de ilegítima, de hermética y de sufrir supuestas carencias democráticas. Entonces, la convicción es que debe ser reemplazada por otra que se engendre en una asamblea constituyente. Están más pendientes del origen de la Constitución que del inicio de su vigencia práctica y de que, gracias a los que la aplican e invocan a diario –más los acuerdos soberanos que la han modificado–, se mantiene viva, con total independencia de la voluntad de quienes la gestaron, sea que la paternidad del texto se la quieran atribuir a Augusto Pinochet en 1980 o a Ricardo Lagos en 2005.

Parece ser, entonces, que la crítica tiene que ver más con el alegato de sustituir el actual ordenamiento constitucional a cualquier costo debido a estas supuestas falencias, más que con la estricta necesidad de una asamblea constituyente. O tal vez sea, al menos para algunos sectores políticos, una simple pero riesgosa estrategia para lograr vencer la resistencia a la introducción de ciertas y muy puntuales reformas, específicamente del sistema electoral, como parece haberlo sugerido en el debate reciente un ex presidente de la República, cuando señaló: “Si usted hoy dice que vamos a discutir en serio, y

nos ponemos de acuerdo y se acabó el binominal, ¡se acabó la discusión de la asamblea constituyente!”.¹⁰

2.1. La acusación de ilegitimidad

La discusión sobre la legitimidad o ilegitimidad de origen de la Constitución de 1980 parece, a estas alturas, un ejercicio de cierta fruslería: es bien sabido que la mayoría de las constituciones chilenas, particularmente la de 1833 y de 1925,¹¹ tuvieron partos complejos, atendidas sus circunstancias históricas y sus procedimientos de generación. También en la experiencia comparada se encuentran varios casos en que el origen de las constituciones estuvo impugnado. ¿Qué podría decirse, por ejemplo, en abono del vicio de origen de una de las constituciones actualmente más prestigiadas, como es el caso de la alemana, cuyo “momento constitucional” se produjo en 1949 bajo la presión de las fuerzas aliadas ocupando el país luego de la derrota germana en la Segunda Guerra Mundial?

Los objetores de la Constitución de 1980 olvidan que el concepto de legitimidad de la norma constitucional no se construye únicamente por el origen. De lo contrario, hasta la propia Constitución de Estados Unidos, modelo del constitucionalismo moderno, carecería de valor, tal como lo ha planteado Fallon: “Hoy el presupuesto de que la Constitución es jurídicamente válida es indudablemente correcto. Pero la situación fue alguna vez incierta. Antes de la ratificación de la Constitución, los artículos de la Confederación que vinculaban a los entonces trece estados, establecían que cualquier cambio significativo en sus términos requería de la unanimidad de los congresos estatales. Ignorando este requisito, la Constitución redactada en la Convención Constitucional determinó que entraría en vigor con la ratificación de los congresos

¹⁰ Véase *El Mercurio*, entrevista a Ricardo Lagos Escobar, 28 de agosto de 2012.

¹¹ Cabe recordar que la Constitución de 1925 fue redactada en el contexto del golpe militar que derrocó a la junta de gobierno presidida por el general Luis Altamirano Talavera el 23 de enero de 1925. En esa fecha un grupo de oficiales se apoderó de La Moneda, apresando a Altamirano y al resto de los miembros de la junta. Esta acción buscaba restablecer en el cargo de presidente a Arturo Alessandri Palma, quien se encontraba en el exilio en Italia. Mientras tanto, se estableció otra junta presidida por el general Pablo Dartnell. Posteriormente, se convocó a una comisión consultiva que se dividió en dos comisiones, una liderada por Alessandri y José Maza, que redactaron el texto constitucional, y otra encargada de la convocatoria a una asamblea constituyente. Finalmente, dicha asamblea no prosperó por la negativa de Alessandri y se llamó a plebiscito. Cabe destacar que en dicho plebiscito los votantes debían escoger una cédula de color de acuerdo a si aprobaban la nueva constitución y el cambio de régimen político, si aprobaban la mantención del régimen parlamentario o si rechazaban ambas propuestas. Lo concreto es que el plebiscito fue aprobado por el 43% (127.483 votos, con un 54% de abstención) del universo electoral, que correspondía solo a un 13% de los mayores de 21 años, puesto que no votaban ni las mujeres, ni los analfabetos, ni quienes no se encontraban inscritos.

de solo nueve estados. Bajo tales circunstancias, era cuestionable en 1787 y 1788 que la ratificación requerida era legalmente legítima (...) Ciertamente, las respuestas a tales interrogantes no fueron resueltas a través de decisiones de la Corte Suprema o de cualquier otro tribunal, sino por la aceptación de la nueva Constitución como legalmente válida. Como es natural con la legitimidad sociológica, la aceptación nunca fue probablemente unánime”.¹²

Lo que resalta Fallon en su trabajo es que para hablar de legitimidad resulta necesario distinguir entre la forma del mandato normativo de la Constitución: es decir, (a) su naturaleza formal que justifica que sea reconocida y respetada como tal; (b) su aceptación “sociológica”, que se refleja en la aceptación del pueblo y sus representantes; (c) y la “moral”, que se refiere a la aceptación de los valores constitucionales que propone. En la Constitución de 1980 podemos apreciar que, con independencia del contexto político de aprobación, la carta ha sido reconocida invariablemente por todos como la norma jurídica constitucional válida. Por otra parte, las sucesivas reformas han logrado adaptar el texto a las necesidades políticas, lo que fue reconocido por el propio ex presidente Ricardo Lagos cuando señaló estar conforme con tener una Constitución que represente a todos: “Este es un día muy grande para Chile. Tenemos razones para celebrar. Tenemos hoy por fin una Constitución democrática, acorde con el espíritu de Chile, del alma permanente de Chile, es nuestro mejor homenaje a la independencia, a las glorias patrias, a la gloria y a la fuerza de nuestro entendimiento nacional”.¹³ Además, se trata de un texto al que no se le reprochan sus valores constitucionales, tales como la posición de la dignidad de la persona, sus derechos, la servicialidad del Estado y los otros que ya hemos mencionado. En consecuencia, el reproche de legitimidad es simplista, pues desconoce un criterio complejo como el de la legitimidad constitucional.

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

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

13 Discurso del ex Presidente Ricardo Lagos Escobar al promulgar la Ley 20.050, que introdujo las reformas constitucionales y que fijó el texto refundido de la Carta Política, 17 de septiembre de 2005. Disponible en <http://www.emol.com/noticias/nacional/2005/09/17/195634/presidente-lagos-firmo-nueva-constitucion-politica.html>

mido como un texto dotado de legitimidad y valor jurídico vinculante. En efecto, la Constitución de 1980 ha sido modificada en los años 1989, 1991, 1992, 1994, 1996, 1997, 1999, 2000, 2001, 2003, 2005, 2007, 2008, 2010, 2011 y 2012, introduciéndosele un sinnúmero de cambios, algunos de ellos muy sustantivos, particularmente aquellos propiciados en las grandes reformas ocurridas en 1989 y 2005. En definitiva, en estos más de treinta años de vigencia se han realizado veinticuatro reformas que le han incorporado cambios en setenta y nueve materias. Estas incluyen el término de los senadores designados y vitalicios, el término de la inamovilidad de los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y de Orden, la modificación sustancial del Consejo de Seguridad Nacional, la modificación de la composición de la Corte Suprema, la entrega de nuevas atribuciones al Tribunal Constitucional, la creación del Ministerio Público, la incorporación del principio de probidad y publicidad de los actos de la administración, la inscripción automática al padrón electoral y la voluntariedad del voto, etc.

2.2. La acusación de hermetismo

Una constitución será flexible o rígida según su capacidad de adaptarse y dar respuesta a los cambios políticos y sociales que sucedan en una sociedad. Es cierto que la Constitución de 1980 es claramente de carácter rígido, si atendemos a la clasificación de Bryce,¹⁴ pues para introducirle modificaciones exige el acuerdo de una mayoría calificada de tres quintos o de dos tercios, según sea la materia objeto de la reforma. Sin embargo, hay que aclararlo rápidamente, esa es la tendencia en la gran mayoría de las constituciones contemporáneas, que han entendido que gran parte de la eficacia normativa de un ordenamiento constitucional se juega en su perdurabilidad y, en consecuencia, han optado por demandar altos niveles de acuerdo parlamentario y/o por establecer procedimientos complejos para su reforma, de manera tal de evitar que mayorías circunstanciales y a veces efímeras debiliten o sustituyan instituciones de tal relevancia para los ordenamientos constitucionales que son la base de la convivencia política pacífica.

Existen varias constituciones que, como en el caso de la chilena, requieren una mayoría calificada para reformar su texto. Es el caso de la Constitución de Alemania de 1949 que demanda dos tercios de ambas cámaras parlamentarias para su modificación, de la Constitución de Portugal de 1976 que pide

¹⁴ Véase Bryce, James, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, (Instituto de Estudios Políticos) 1962.

dos tercios de los diputados en ejercicio y de la Constitución de España de 1978 que solicita los tres quintos en ambas cámaras legislativas y la disolución y posterior ratificación del parlamento para ciertos capítulos. Hay otras constituciones que exigen que su modificación sea discutida y acordada en dos momentos sucesivos por un mismo cuerpo legislativo. Es el caso de la Constitución de Italia de 1947, de la Constitución de Brasil de 1988 y de la Constitución de Venezuela de 1999. Otros ordenamientos exigen que la discusión se realice por dos congresos distintos. Es el caso de las cuatro leyes fundamentales de Suecia de finales del siglo XVIII, de la Constitución de Noruega de 1814, de la Constitución de Holanda de 1815, de la Constitución de Colombia de 1991, de la Constitución de Perú de 1993, de la Constitución de Finlandia de 1999 y de la Constitución de Bolivia de 2009. En otros casos, las modificaciones constitucionales no se satisfacen solo con la aprobación del parlamento respectivo sino que demandan que la reforma sea ratificada por la ciudadanía en un plebiscito. Es el caso de la Constitución de Japón de 1945, de la Constitución de Francia de 1958, de la Constitución de Uruguay de 1966 y de la Constitución de Ecuador de 2008.¹⁵

Pero los resguardos que las constituciones adoptan frente a un proceso de reforma no solo se restringen a los niveles de consenso o a la complejidad de los procedimientos utilizados, sino que también, en algunos casos, pueden manifestarse en brindar especial protección a ciertos principios o contenidos que se consideran política o jurídicamente tan valiosos que merecen ser preservados. Por ejemplo, algunas constituciones consideran que haberse constituido como República es algo que no puede quedar sujeto a las mayorías parlamentarias. Es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Italia de 1947, de la Constitución de Alemania de 1949, de la Constitución de Francia de 1958, de la Constitución de Portugal de 1976, de la Constitución de Turquía de 1982, de la Constitución de Grecia de 1986 y de la Constitución de la Federación Rusa de 1993. En otros casos, similares a la Constitución de Chile de 1980, se establecen restricciones a la reforma en materia de derechos esenciales de las personas. Es el caso de la Constitución de Alemania de 1949, de la Constitución de Puerto Rico de 1952, de la Constitución de Portugal de 1976, de la Constitución de Brasil de 1988, de la Constitución de Perú de 1993 y de la Constitución de Ecuador de 2009.¹⁶

15 Véase Nogueira, Humberto, "Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional", en *Revista Ius et Praxis*, Vol.15, 1, 2009, pp. 229-262.

16 Véase *ibíd.*

Por otra parte, quienes critican el denominado hermetismo de nuestra Constitución pasan por alto, voluntaria o involuntariamente, todos los cambios que le han sido introducidos entre los años 1989 y 2012, que hemos mencionado en el epígrafe anterior. Parecieran interesados solo en convencer a la opinión pública de que estamos ante un cuerpo jurídico rígido que no da cuenta de los cambios sociales. Sin embargo, la evidencia nos muestra un estatuto que se ha adecuado y que en su propia estructura establece los mecanismos que lo han permitido, adaptándose a las transformaciones que el tiempo le va exigiendo e incorporando la impronta de las fuerzas políticas que representan a la sociedad en cada modificación que se le ha realizado. En suma, la Constitución hermética de la que se suele hablar ha sido sometida a un ciclo gradual de reformas: “ya que 91 de 120 artículos de la Constitución han sido reformados de algún modo (76%). Se aprobaron 24 reformas constitucionales, las que involucran 79 materias. Estas cifras contradicen el argumento del inmovilismo producto de las barreras institucionales”.¹⁷ En la historia constitucional reciente cuesta encontrar otro ejemplo de un hermetismo tan flexible.

Es relevante, además, dar cuenta que la flexibilidad constitucional no solo tiene que ver con los mecanismos y quórum para su modificación sino que, también, de manera importante con su capacidad de adaptación por la vía de la hermenéutica judicial.¹⁸ La invocación diaria de sus preceptos ante la judicatura nos permite sostener que estamos ante una Constitución viva, aplicada en la realidad y, como decíamos, jurídicamente legítima. Respecto a esto resulta particularmente curioso que algunos de los más acerbos críticos de la rigidez formal de la Constitución de 1980 sean, a su vez, acres opositores de su interpretación por la vía judicial. En efecto, a muchos les molesta que el debate constitucional se haya trasladado a los tribunales –como ya se ha dicho, lo llaman despectivamente “judicialización”–, postergando así el poder del Congreso Nacional o, dicho de otro modo, menoscabando el poder de los partidos políticos que legítimamente buscan controlarlo mediante las contiendas electorales.

La Constitución es también lo que los tribunales dicen y estos escudriñan su sentido y significado con arreglo a normas, principios y valores que orientan la hermenéutica legal. La Constitución ya no es el texto que nadie consulta o que se limita a hacer proclamaciones genéricas y vagas sobre buenos deseos

¹⁷ Fuentes, Claudio, *El pacto*, (Ediciones Universidad Diego Portales) 2012, p. 58.

¹⁸ Véase Elkins, Zachary, Ginsburg, Tom y Melton, James, *The Endurance of National Constitutions*, (Cambridge University Press) 2009.

de convivencia para un país. Es un Código Político, un enunciado de principios y un instrumento de proclamación y garantía de derechos y libertades personales. Como dijo el Juez Marshall en *Marbury vs. Madison*, en palabras que pueden resultar algo incómodas para nuestra formación jurídica centrada en el culto a la ley: “el Poder Judicial es el intérprete final de la Constitución (...) Es enfáticamente competencia del Poder Judicial decir el derecho, el sentido de las leyes. Si la ley estuviese en contradicción a la Constitución, la Corte deberá determinar cuál de esas normas en conflicto regirá en la hipótesis concreta. Y si la Constitución es superior a cualquier acto ordinario emanado del Legislativo, la Constitución, y no el acto ordinario, debe regir el caso al cual ambos se aplican”.¹⁹

En suma, nuestro Código Político ya no es solo lo que escribieron los miembros de la Comisión de Estudios de una Nueva Constitución entre 1973 y 1978; ni lo que hicieron constar en su texto el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno; ni tampoco los legisladores de las reformas acaecidas entre los años 1989 y 2012; sino también lo que los tribunales ordinarios y la justicia constitucional han ido prescribiendo paulatina y sistemáticamente.

2.3. La acusación de falencia democrática

Una somera revisión de la literatura que sostiene la postura que la actual Constitución de 1980 tiene carencias para ser estimada una de carácter democrático, nos permite indicar que las falencias más comúnmente apuntadas son: el sistema electoral binominal y las leyes orgánicas constitucionales que exigen supramayorías para su aprobación en el proceso de formación de la ley.²⁰

Sobre el primero muy poco diremos, pues su modificación en nada depende de reformar o sustituir la actual Constitución. Desde la gran reforma constitucional de 2005 el sistema electoral no está recogido en ella. De hecho, la discusión sobre la mantención o cambio del actual sistema binominal que se aplica en Chile –exclusivamente a las elecciones parlamentarias– pasa más por la falta de consenso entre los incumbentes que verían directamente afectados sus intereses de reelección con cualquier modificación al sistema y, también, por el disenso respecto de cuál sería el nuevo sistema que, haciéndose cargo de las críticas que recibe el binominal, evite a la vez la reedición

19 Citado en Silva, Luis Alejandro, “Supremacía constitucional y aplicación judicial de la Constitución en los Estados Unidos: Objeciones a la *judicial supremacy*”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 10, 1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca) 2012, pp. 117-144.

20 Véase Atria, Fernando, *La mala educación*, (Editorial Catalonia) 2012.

de los problemas que planteaba el antiguo sistema proporcional que rigió las elecciones legislativas chilenas hasta 1973. En consecuencia, no es cierto que la Carta Fundamental de 1980 defina un sistema electoral, por lo que –sin pretender restarle importancia– se trata de un debate de naturaleza simplemente legal.

Sobre lo segundo, las leyes orgánicas chilenas que exigen altos quórum de aprobación, podemos precisar que siguen la tendencia de la Constitución francesa de 1958 que también las admite y que fue justamente la experiencia que tuvo a la vista el constituyente chileno de 1980. En el mismo sentido, los ordenamientos jurídico políticos de Austria, Bélgica y Portugal también colocan exigencias mayores para aprobar reformas en algunas materias legales.

Las democracias que gozan de estabilidad institucional y gobernabilidad política suelen incorporar mecanismos diversos para que, en el fragor del juego electoral, las mayorías no terminen arrasando con los derechos y libertades de las minorías. ¿No es acaso parte de la definición de los sistemas democráticos contemporáneos el respeto irrestricto por los derechos de todos, incluyendo por cierto a las minorías que, potencialmente, pueden verse amenazadas por una actitud autoritaria de la mayoría vencedora en las elecciones? Pues bien, nos parece razonable que los sistemas constitucionales recurran a mecanismos como las leyes supramayoritarias para defender ciertas instituciones. Por ejemplo, resulta plenamente plausible, a juicio nuestro, que los órganos cuyo rol es precisamente el control político, tales como los que fiscalizan las elecciones, las contralorías y el Poder Judicial, gocen de una mayor protección, por ejemplo a través de quórum calificados para su reforma, para que puedan resistir eventuales intentos de cooptación y defender el ejercicio de sus atribuciones sin tener que autoinhibir su acción fiscalizadora.

A propósito de este debate, hay un texto de Jaime Guzmán que muchos citan y anatemizan, asignándole un valor opuesto a toda vocación democrática. En su momento Guzmán señaló: “que si llegan a gobernar los adversarios, se vean constreñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhelaría, porque –valga la metáfora– el margen de alternativas posibles que la cancha imponga de hecho a quienes juegan en ella, sea lo suficientemente reducido para hacer extremadamente difícil lo contrario”.²¹

Es necesario y de toda justicia poner en contexto esta cita. Guzmán apuntaba a que en cualquier diseño institucional es fundamental definir cuánto

²¹ Guzmán, Jaime, “El camino político”, en *Revista Realidad*, Año 1, 7, (Instituto de Estudios para una Sociedad Libre) 1979, pp. 13-23.

poder tendrán los gobernantes. Su preocupación central era que el poder del Estado debía estar controlado para que no pusiera en peligro la estabilidad democrática ni la sociedad libre. Los adversarios en un régimen democrático podrán tener muchas diferencias, pero han de tener una convicción común: la democracia y la libertad como valores superiores. De tal manera que en las elecciones no se juegue lo esencial de la forma de vida de un pueblo. Lo que Jaime Guzmán afirmaba está en plena sintonía con el republicanismo y el constitucionalismo tradicionales, en cuanto pretenden limitar el poder del Estado para favorecer la libertad y la justicia, y para proteger los derechos individuales.

La finalidad última de la norma constitucional, entonces, es la protección y la garantía de la libertad y la dignidad de las personas. Por el contrario, la búsqueda desenfrenada de la ausencia de límites institucionales al poder, que parece ser la aspiración reservada de quienes propician asambleas constituyentes, ha conducido a totalitarismos del más variado cuño. Los principales adversarios de una constitución democrática son quienes “no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política”, tal como lo dispone el propio texto constitucional (artículo 19 N°15). Para ellos, las puertas de la Constitución están abiertas, pero deben integrarse a las reglas de la democracia, del respeto a la persona y de la deliberación democrática.

Sentadas las consideraciones anteriores, las sospechas sobre la paternidad de la carta fundamental, sobre su hermetismo y calidad democrática, usualmente invocadas como reproches principales a la Constitución que nos rige, debieran ser miradas, a lo menos, con un recomendable escepticismo.

3. Circunstancias en que suele recurrirse a una asamblea constituyente

Las asambleas constituyentes son expresión del poder constituyente originario que surge de la soberanía radicada en el pueblo y que, básicamente, consiste en que este se organiza para dotarse de un ordenamiento constitucional por primera vez, allí donde este no existía, o bien para sustituir el existente por considerar que era inadecuado.

La asamblea constituyente ha sido un mecanismo utilizado en ciertas circunstancias muy precisas y definidas. Primero, lo ha sido en contextos donde se culmina un proceso exitoso de independencia nacional del cual surge un

nuevo Estado que busca arraigar sus bases institucionales o bien cuando se produce una convergencia de Estados independientes en torno a algún tipo de asociación: en ambos casos sin que existan instituciones preestablecidas para elaborar un ordenamiento constitucional. En estas situaciones, la asamblea constituyente surge como el mecanismo que permite la adopción de una Constitución. Es el caso de la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica de 1787 y podría haber sido perfectamente el caso de la unificación de las dos Alemanias luego de la caída del Muro de Berlín en 1989, pero no lo fue porque se privilegió la reforma constitucional como vía idónea suficiente para institucionalizar la reunificación de ambos países.²²

Segundo, las asambleas constituyentes han sido funcionales en situaciones de quiebres o rupturas institucionales donde surge un nuevo régimen que, deliberada y expresamente, desea cortar toda continuidad con las bases jurídicas y políticas del régimen preexistente para instalar un nuevo sistema. Es el caso de la revolución francesa de 1789 y su asamblea constituyente de 1791, del V Congreso Panruso de los Soviets que aprobó la Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) de 1918 luego de la revolución bolchevique, del proceso constituyente alemán después de terminada la Segunda Guerra Mundial que culminó con la promulgación de la Constitución Alemana de 1949 y del proceso constitucional español de 1978 posterior a la muerte de Francisco Franco.

Como se ha dicho: “Las asambleas constituyentes o convenciones constitucionales han tenido éxito en dos tipos de circunstancia histórica: en el período subsiguiente a un rompimiento significativo con el pasado, como en el caso de una revolución, guerra civil o una interrupción traumática similar, o cuando los nuevos estados, ya sean ex colonias o estados independientes, se unen para formar una federación o confederación”.²³ Es decir, la experiencia comparada muestra claramente que la convocatoria a una asamblea constituyente ha sido utilizada como un mecanismo representativo e inclusivo para adoptar un nuevo ordenamiento político y jurídico o para generar uno inexistente, en sociedades donde se necesitaba construir un consenso luego de un proceso en que la comunidad nacional se había enfrentado a divisiones profundas – desde los conflictos políticos hasta los étnicos y religiosos– o bien donde se

22 Véase Quint, Peter, “Constitution Making by Treaty in German Reunification: A Comment on Arato, Elster, Preuss and Richards”, en *Cardozo Law Review*, Vol. 14, 1993, pp. 691-704.

23 Fafard, Patrick y Reid, Darrel, “Constituent Assemblies: A Comparative Survey”, Research Paper 30, (Institute for Intergovernmental Relations, Queen’s University) 1991.

requería generar una cierta identidad nacional que convocara a la población.

No obstante, en las últimas décadas, y particularmente en América Latina, ha surgido una tercera circunstancia en que la convocatoria a una asamblea constituyente ha sido un mecanismo recurrente. Esta circunstancia –bastante más prosaica en sus objetivos– se produce cuando gobernantes de rasgo populista, aprovechando su fuerte arrastre electoral, han intentado rediseñar el ordenamiento constitucional por la vía de una asamblea constituyente para avanzar en su anhelo de concentrar el poder en el Ejecutivo, despreciar los órganos típicamente representativos, como los congresos, y esquivar o derechamente desarticular aquellos mecanismos de contrapeso que son típicos en una democracia, como el Poder Judicial, los órganos electorales y las contralorías, para intentar perpetuarse en el poder valiéndose de este rediseño y también de los recursos que les provee el control del aparato del Estado.

Es lo que Guillermo O’Donnell ha denominado “democracias delegativas”²⁴ en América Latina, es decir, aquéllas institucionalmente débiles, con presidentes que llegan al poder a través de elecciones libres y competitivas, levantando candidaturas al margen de los partidos tradicionales o fuertemente críticas a ellos y que apelan directamente a la ciudadanía saltándose cualquier tipo de mediación democrática, y que una vez en el poder no se comportan como representantes políticos sino como dueños personales del gobierno, por encima de cualquier sistema de control a su gestión.

Estas “democracias delegativas” tienen repercusiones negativas para la gobernabilidad democrática, pues se perciben a sí mismas como regímenes fundacionales y debilitan los mecanismos e instituciones de responsabilización política y de rendición de cuentas. En efecto, en nombre de los intereses del pueblo, el gobernante de turno se hace del poder absoluto recurriendo a medios excepcionales y de cooptación, con lo cual le es posible desarrollar sus políticas al margen de los mecanismos de control, aquellos que –se acusa– fueron creados por la vieja estructura, esa que le negaba el poder al pueblo y que hoy se lo devuelve al mandatario populista sin restricciones. La consecuencia principal de esta forma de gobernar es el socavamiento de las instituciones del Estado, cuando no su completa demolición. Ejemplos de este tipo de procesos constituyentes son las asambleas que originaron la Constitución de Venezuela de 1999, la Constitución de Ecuador de 2008 y la Constitución de Bolivia de 2009.

²⁴ Véase O’Donnell, Guillermo, “Delegative Democracy”, en *Journal of Democracy*, Vol. 5, 1, (The Johns Hopkins University Press) 1994, pp. 55-69.

Un caso aparentemente anómalo es la asamblea constituyente que concluyó con la dictación de la Constitución de Colombia de 1991. En efecto, a pesar de la cercanía geográfica y cronológica con los anteriores, este caso no corresponde a la circunstancia particular que hemos señalado para las “democracias delegativas” latinoamericanas de las últimas décadas. Más bien obedece a la primera de las circunstancias que hemos descrito, es decir, es de aquellos procesos constituyentes originarios que intentan superar una situación de profunda crisis o ruptura. En el caso particular de Colombia, esa fractura corresponde a lo que se ha dado en llamar un “Estado fallido”,²⁵ entendiendo por este aquél que es incapaz de ejercer soberanía o control sobre su territorio o que no tiene la capacidad de imponer la ley ante grupos –milicias armadas o bandas criminales– que desafían su autoridad y eficacia.

En Colombia se conjugaron tres factores que nos llevan a considerarlo un caso de “Estado fallido”. Primero, cinco décadas de persistente acción insurreccional de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), que fueron derivando de un componente estrictamente ideológico que buscaba imponer una sociedad marxista por la fuerza de las armas hacia un cuerpo de seguridad que brindaba protección a grupos de narcotraficantes. Segundo, la acción de grupos criminales asociados al narcotráfico que lograron constituir varios carteles de drogas de notable fuerza militar, primero armando milicias propias y luego incorporando o negociando con las FARC para la prestación de servicios de seguridad. Tercero, una corrupción de carácter sistémico que cruzaba a la policía y la judicatura, y que las tornó ineficaces y obsecuentes al narcotráfico. Estos tres factores complotaron para que el Estado colombiano simplemente no lograra controlar ni ejercer soberanía en buena parte de su territorio nacional. La asamblea constituyente colombiana de 1991 buscó ser una salida –tal vez inidónea– a esa crisis casi terminal en que se sumía el país.

4. Necesidad de una asamblea constituyente en Chile

¿Está nuestro país en alguna de las circunstancias descritas y que en la experiencia comparada aconsejan un proceso constituyente originario vía asamblea? Nos parece claramente que no es así. Aun más, la evidencia de los resultados que exhibe Chile y su percepción por la comunidad internacional demuestra que no solo no existen esas condiciones o circunstancias extremas

²⁵ Denominación usada en el índice de la revista *Foreign Policy* y *Fund for Peace* para evaluar la situación política, económica y social en diversos países y las respectivas capacidades de sus Estados para enfrentarlas.

de ruptura política y/o social en nuestro país, sino que, muy por el contrario, es percibido como un país ejemplo de estabilidad política, económica y social en América Latina y en el mundo entero.

¿Cuál es entonces el objetivo tras el planteamiento de abandonar la vía de las reformas graduales –camino exitoso recorrido en los últimos treinta años– para optar por la convocatoria a una asamblea constituyente e ir a fojas cero?

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

La segunda pregunta es por qué creen tan firmemente que el proyecto político y social que pretenden impulsar mediante una asamblea –y que ciertamente también tendría una clara adscripción valórica– sí sería compartido ampliamente. Y, en esa lógica, qué tan extendido sería su mandato fundacional. Esto nos parece relevante porque, como decíamos con anterioridad, algunas constituciones adoptan resguardos más intensos frente a las posibilidades de reforma de sus propias disposiciones, extendiendo una especial protección a ciertos principios políticos o contenidos jurídicos que consideran particularmente relevantes. Así, por ejemplo, las constituciones de Alemania, Brasil, Chile, Ecuador, Portugal, Perú y Puerto Rico lo han hecho en materia de derechos fundamentales.²⁶ La interrogante que surge, entonces, es si po-

²⁶ Entendemos por derechos fundamentales, esenciales o humanos, el conjunto de “derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son, y deben ser siempre, reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico”. Cea, José Luis, *Derecho constitucional chileno. Tomo I*, (Editorial Universidad Católica de Chile) 2002, p. 221.

dría un poder constituyente originario, expresado en una asamblea, debilitar o eliminar los principios políticos y jurídicos básicos que claramente están vedados para el poder constituyente derivado y desconocer, por ejemplo, que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como en el caso chileno lo precisa el inciso 2° del artículo 5 de la Constitución de 1980.

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

Si nos atenemos a las experiencias de asambleas constituyentes de los últimos tiempos en América Latina y a los nuevos ordenamientos constitucionales que ellas han producido, particularmente las nuevas constituciones venezolana de 1999, boliviana de 2009 y ecuatoriana de 2008, puede observarse en ellas un modelo compuesto de algunos elementos comunes: un discurso “antiimperialista” o más bien derechamente antinorteamericano; un fuerte dirigismo estatal antieconomía de mercado o, como suelen decir, “antineoliberal”; y un rechazo a la propiedad privada como modo de generar riqueza, todo ello mezclado con nacionalismo o indigenismo. Claramente, ninguno de ellos es muy cercano a un ethos democrático ni tampoco a los elementos esenciales de la democracia representativa que aprobó la Carta Democrática Interamericana de la Organización de Estados Americanos (OEA) en 2001.²⁷

Estos regímenes han intentado plasmar un proyecto hegemónico fuertemente estatista y autoritario, que va entregando diversos derechos a la población, particularmente de carácter social, a través de sucesivos plebiscitos que les permiten ir avanzando en la construcción de mayorías electorales permanentes. Basados en una economía de naturaleza rentística, el primer blanco suele ser la industria extractiva, que posibilita al gobierno disponer de recursos suficientes para aumentar el contingente de personas que dependen del sector público e ir cristalizando esas mayorías electorales de manera perma-

27 Disponible en http://www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta_Democratica.htm.

nente, apoyados en una política fuertemente redistributiva. Todo ello les permite avanzar hacia el control de las instituciones a través de cambios en el diseño institucional, asambleas constituyentes mediante, complementadas con fenómenos de cooptación de los diversos órganos de control y contrapeso.²⁸

Lo que se ha producido allí es un déficit democrático a través de un proceso paulatino, pero persistente, de resquebrajamiento de la democracia representativa, donde los procesos constituyentes respectivos jugaron un rol funcional a esa precarización de la democracia, coadyuvando a la concentración del poder en el Ejecutivo y a generar una fuerte dependencia de los órganos que debían actuar en roles de fiscalización y contención del poder. Este no es un asunto menor. La tradición democrática sufre cuando se debilita la democracia representativa al romperse con el sistema político en general y, en especial, con los partidos políticos, que son los principales actores institucionales de una democracia, pues representan la pluralidad de opiniones, y recogen y encauzan los principios e intereses presentes en la sociedad.

Por lo demás, las asambleas constituyentes recientes de América Latina han terminado por afectar centralmente la convivencia nacional, generando un proceso de división y exclusión, más que de consenso e inclusión, como era su aspiración declarada: “el proceso de degradación continua se convirtió en el escenario cada vez más preocupante e inquietante de confrontación, en el que la palabra fue reemplazada por la violencia, la deliberación por el discurso de guerra, el reencuentro por el enfrentamiento, el pacto por la imposición, la participación por ultimátum, y la nueva Bolivia para todos por una Bolivia cada vez más para unos contra la Bolivia de los otros”.²⁹

5. Complejidades de una asamblea: ¿Solo formales?

En todo proceso constituyente se produce, además, un problema de origen que consiste en cómo se convoca a la asamblea y cómo son elegidos los constituyentes. La manera en que se conforme la asamblea es determinante para su futuro, tanto en la concreción de una propuesta viable que pueda ser sometida a validación por parte de la comunidad como también en la legitimidad de sus miembros.

28 Véase López, Margarita y Panzarello, Alexandra, “Populismo, rentismo y socialismo del siglo XXI: El caso venezolano”; Mayorga, Fernando, “Bolivia: Populismo, nacionalismo e indigenismo”; y De la Torre, Carlos, “Rafael Correa: Un populista del siglo XXI”, todos ellos en Cheresky, Isidoro (compilador), *¿Qué democracia en América Latina?*, (Prometeo) 2012.

29 Lazarte, Jorge, “La Asamblea Constituyente de Bolivia. El pacto era necesario. ¿Por qué no fue posible?”, en Zuazo, Moira y Quiroga, Cecilia (coords.), *Lo que unos no quieren recordar es lo que otros no pueden olvidar. Asamblea Constituyente, descolonización e interculturalidad*, (Fundación Friedrich Ebert) 2011, p. 323.

Pues bien, ¿se convocará a un plebiscito para decidir si ha de haber o no una asamblea constituyente? ¿Quién lo convocará: el presidente o el Congreso Nacional? ¿Cómo se elegirán los constituyentes? ¿Cómo se designa a quien administrará la asamblea? ¿Será acaso el poder ya constituido, sea este el Ejecutivo o Legislativo, a riesgo de perder legitimidad en cuanto asamblea? ¿Debe haber solo una representación política o también una de carácter social? ¿Deben estar representados en la asamblea los movimientos sociales? ¿Y por qué no también los grupos étnicos y las agrupaciones gremiales y sindicales? ¿Debe excluirse a algunos grupos? Etc.

Surge entonces la pregunta clave para nuestra realidad doméstica: ¿cómo se definirán y regularán todas estas decisiones si quienes abogan por una asamblea lo hacen porque desconocen la validez de los arreglos y procedimientos a través de los cuales la propia Constitución prevé su reforma? En efecto, si se resta validez a la Constitución y se declaran espurias sus reglas, al punto de considerar que no es posible siquiera reformarla de acuerdo a los procedimientos preestablecidos, como se ha venido haciendo hasta ahora, entonces, para ser consecuentes, deben consentir en que todas las normas dictadas conforme a ella y todas las autoridades electas o designadas conforme a sus disposiciones debieran ser igualmente espurias e inválidas, incluyendo a las autoridades que podrían convocar una asamblea.

Lo que los detractores de la Constitución, quizá por el apasionamiento de sus juicios, no han advertido es que los cuestionamientos no solo recaen sobre el texto constitucional que ellos objetan sino que equivalen a poner en tela de juicio toda la institucionalidad, incluso aquellas normas menores mediante las cuales, por ejemplo, algunos de ellos fueron nombrados profesores de universidades estatales.

Colofón

El decaimiento de los partidos políticos, que creen que pueden hacer buena colleira con los denominados movimientos sociales, se manifiesta de muchos modos. Tal vez uno de las más visibles es la abierta pérdida de sentido institucional que los ha llevado a la obsecuencia frente a las voces que surgen desde las calles, levantadas por movimientos de una representatividad al menos cuestionable y que, en último término, no hacen sino expresar sus propios intereses particulares y que no necesariamente están en consonancia con el interés general del país.

El desborde de los partidos puede transformarse en un fenómeno altamente inconveniente para la vida institucional; que estos se sumen de modo

desaprensivo a iniciativas de asamblea constituyente sin rumbo ni contenidos definidos y sin ninguna posibilidad real de encauzar el debate, es un fenómeno que debiera ser objeto de reflexión profunda. El lugar en que los cambios constitucionales debieran provocarse y discutirse es el de las instituciones y no el de las asambleas.

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

En efecto, algunos han hablado de un “momento constitucional” dando a entender que –gracias al empuje de los movimientos sociales– están dadas las condiciones para una refundación institucional. Pero, tal como señala el autor que dio origen a la expresión “momento constitucional”, no debe confundirse este con una “solución constitucional”, es decir, con el traspaso de un reclamo social que puede implicar cambios significativos pero que no genera un nuevo régimen.³⁰ Por de pronto, estamos en un momento electoral, frente a un debate que surge con nueva fuerza precisamente meses antes de las elecciones presidenciales, tal como se produjo al finalizar el gobierno anterior. La educación, la conveniencia del actual sistema electoral o la justificación de quórums especiales son temas que, sin encontrar aún consensos, requieren mayor debate y, eventualmente, pueden culminar en una “solución constitucional”. Pero esto dista bastante de la necesidad de provocar un cambio a nuestro régimen constitucional.

Es probable que en este proceso las actuales normas constitucionales emerjan como más adecuadas de lo que se las considera, mostrando más capacidad de adaptación que la que aquellos líderes que se reflejan en realidades ajenas a nuestra tradición jurídica suelen atribuirles.

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