

# Una Constitución de Ciudadanos Libres

**La propuesta del asesor constitucional de Michelle Bachelet no sólo es una alternativa de ruptura institucional, sino que el retorno a gobernar por la vía de los resquicios legales. La alternativa es seguir avanzando en el camino de reformas incrementales y acumulativas. Los partidarios de la sociedad libre deben poner arriba de la mesa fórmulas que vigoricen el sentido profundo de una Constitución: limitar los poderes públicos para así proteger los derechos y libertades individuales.**

Un nuevo capítulo ha escrito por estos días el equipo constitucional de Bachelet al proponer uno de sus miembros más destacados -y que ha actuado en la práctica de vocero del grupo-, entre las fórmulas para implementar la Asamblea Constituyente la convocatoria a un plebiscito mediante un decreto inconstitucional de un futuro Presidente no controlable por el Tribunal Constitucional. Esta propuesta no sólo implica una ruptura institucional, sino el que tal Presidente se encontraría en una hipótesis de acusación constitucional. Por lo demás, desde aquel día podría comenzar a gobernar por decreto como ha sostenido un destacado constitucionalista DC, teniendo “el poder implícito de transformarse en dictador democrático”<sup>1</sup>.

Dicha propuesta generó, con razón, abundantes críticas. Desde el mundo político, por ejemplo, los candidatos a las primarias presidenciales de la centroderecha sostuvieron que se trataba de un “resquicio legal”, “fraude constitucional” o propuesta “chavista” y los moderados en las de la Concertación la calificaron de “aventura extrainstitucional” y de no ser una “modalidad de la institucionalidad vigente”. Desde la comunidad jurídica, las críticas fueron transversales, incluyendo a constitucionalistas de sensibilidad DC -como Patricio Zapata, Jorge Correa o el ex ministro del Tribunal Constitucional, Mario Fernández,- o al ex Ministro SEGPRES y ex Ministro del Tribunal Constitucional, el socialista José Antonio Viera-Gallo.

### En esta edición:

Una Constitución de  
Ciudadanos Libres

Encuesta LyD 2013:  
Corrupción en su Nivel  
más Bajo

Como sabemos, las asambleas constituyentes surgen como una necesidad de una comunidad política de reconstituirse en casos graves. Es lo que ha pasado en África y Asia en las últimas dos décadas de experiencias de procesos constituyentes: salir de una dictadura a un régimen democrático o salir de una guerra civil o externa hacia la paz y la democracia<sup>2</sup>. Sin embargo, en nuestra región -y a diferencia del caso colombiano a comienzos de los 90's para salir de una crisis institucional masiva-, se ha redefinido el sentido de las asambleas constituyentes, pasando a ser un vehículo más de la controversia política. En efecto, se han utilizado como mecanismos de amplificación de poder de la mayoría de turno, a un grupo de políticos que, sin control o contrapeso alguno, han buscado avanzar en regímenes autoritarios. ¿Es este el camino que se propone para Chile desde el comando de Michelle Bachelet?

Porque es fundamental que los partidarios de una sociedad libre no sólo sean activos defensores de la institucionalidad vigente con las reformas en diversas materias, sino que, sean proactivos en poner arriba de la mesa reformas constitucionales que vuelvan a lograr aquello que es central en la idea de constitucionalismo: cómo limitar el poder estatal para proteger los derechos y libertades individuales; esa es la Constitución de ciudadanos libres. Ello implica repensar en el siglo XXI las instituciones que heredamos del constitucionalismo clásico y particularizarlas al debate constitucional chileno coyuntural. En efecto, ello tiene relación, por ejemplo, con avanzar en nuevas formas de distribución del poder político (descentralización política y fiscal profunda); aumentar exigencias procedimentales para alzas tributarias (y bajarlas en caso de disminuciones); ser más exigentes en la forma en que se afectan nuestros derechos a la privacidad -en función del mal uso que pueden hacer diversos órganos el Estado de la información personal o patrimonial (que estos mismos comienzan a exigir de manera creciente) y que pueden terminar en persecuciones selectivas en materia tributaria o penal por razones políticas-; entre otros.

## **¿De vuelta a los resquicios legales?**

Nuevamente ha sido la voz del abogado Fernando Atria la única que ha hablado desde la comisión constitucional de Bachelet. En una serie de apariciones mediáticas de los últimos ideas y foros, ha planteado que la Asamblea Constituyente es posible de implementar mediante la dictación de un decreto por parte de un futuro Presidente -Bachelet- que convoca a plebiscito que, a pesar de ser inconstitucional por no ser uno de los contemplados en la Constitución<sup>3</sup>, no sería controlado por el Tribunal Constitucional (TC), dado que, dicho control sólo puede ser requerido por alguna de las cámaras del Congreso por mayoría, lo que no ocurriría si tal Presidente -Bachelet- cuenta con ellas en ambas cámaras (interpretación formalista del artículo 93, inciso primero, Nº 5 de la Constitución, en conexión con el inciso octavo de la misma norma).

Lo anterior -el control de la mayoría en ambas cámaras- es también relevante en otro sentido: dado que se trata de una acción inconstitucional e ilegal de tal Presidente, fácilmente podría ser objeto de acusación constitucional por infringir “abiertamente la Constitución” (artículo 52, numeral 2, letra a) de la Constitución) Ésta, a pesar de poder ser presentada por la minoría política (no menos de 10 ni más de 20 diputados), no prosperaría ni siquiera en la Cámara de Diputados, ya que se requeriría de una mayoría absoluta de los diputados en ejercicio (61 de 120) para acusar. Obviamente, destituir a tal Presidente por esta vía es virtualmente imposible al requerirse de 2/3 de los senadores en ejercicio.

Se trata así de una propuesta que es tanto un resquicio -porque busca conseguir mediante una interpretación literal y aislada una norma que lleva a un fin ilegítimo no tolerado por la Constitución- como una mala estrategia legal en la medida en que, como ha quedado meridianamente claro por parte de los argumentos que han entregado diversos constitucionalistas de forma transversal, existen otros mecanismos para controlar ese decreto inconstitucional.

Desde las perspectivas de las normas vulneradas hay algunas que surgen inmediatamente. A las ya citadas normas sobre lo excepcional del plebiscito, se une el que, en virtud de los artículos 6º y 7º, todo órgano del Estado está sujeto a la supremacía constitucional -sometiendo su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella- y al principio de juridicidad en virtud del cual los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley, y ninguna magistratura, ninguna persona o grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Asimismo, el artículo 15, inciso segundo de la Constitución establece que sólo podrá convocarse a votación popular para las elecciones y plebiscitos expresamente previstos en ella.

En efecto, el decreto que convoca a plebiscito debe ser objeto de toma de razón por parte de la Contraloría General de la República la que no tiene sino otro camino que declararlo inconstitucional al tratarse, como se ha mencionado, de un plebiscito inconstitucional. Frente a la representación -rechazo- del decreto por parte de Contraloría, quedan dos alternativas: o el Presidente retira el decreto -porque la Constitución le impide expresamente insistir con la firma de todos sus Ministros- o bien acude al TC para dirimir el conflicto, todo lo anterior de acuerdo a lo establecido en el artículo 99 de la Constitución, y en relación al artículo 93, inciso primero, Nº 9.

Un segundo camino de control de dicho decreto, y que ha sido delineado por Arturo Fernandois bajo una interpretación sistemática y finalista de la

Constitución, implica considerar de manera amplia la atribución del TC, del inciso primero N° 16, en relación al inciso diecinueve del referido artículo, por el cual, el TC, a petición de una cuarta parte de alguna de las cámaras, pueda requerir al TC controlar la constitucionalidad de dicho decreto “cualquiera sea el vicio invocado”, en palabras de la Constitución<sup>4</sup>.

Así las cosas, el intentar “burlar” al TC o a la Contraloría es imposible y el resultado de declaración de inconstitucionalidad, evidente.

## Asambleas constituyentes, legitimidad y “golpes blancos”

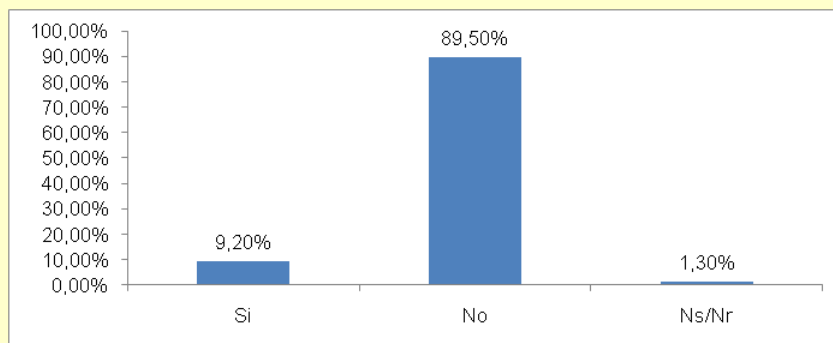
Como hemos sostenido antes<sup>5</sup>, los procesos constituyentes son de naturaleza compleja; en ellos se entrelazan diversas etapas<sup>6</sup> y actores con intereses particulares, involucrados a lo largo de una discusión que es extensa en términos temporales, tardando en promedio los procesos constituyentes 16 meses<sup>7</sup>, esto es, prácticamente la mitad de un período presidencial corto como el chileno.

En nuestro país se ha procurado instaurar por parte de los grupos interesados en impulsar una Asamblea Constituyente, la idea de que ésta es una demanda que concentra altos niveles de respaldo ciudadano.

Sin embargo, la evidencia sugiere más bien lo contrario. A partir de los datos de la última Encuesta Nacional UDP 2013, sólo 9 de cada 100 chilenos estaría dispuesto a promover una Asamblea Constituyente. Si se observa la composición socioeconómica de estas percepciones, se constata que es una demanda fundamentalmente concentrada en los sectores altos, pero que no consigue respaldo contundente en los sectores bajos (ver Gráficos N° 1 y N° 2).

Gráfico N° 1

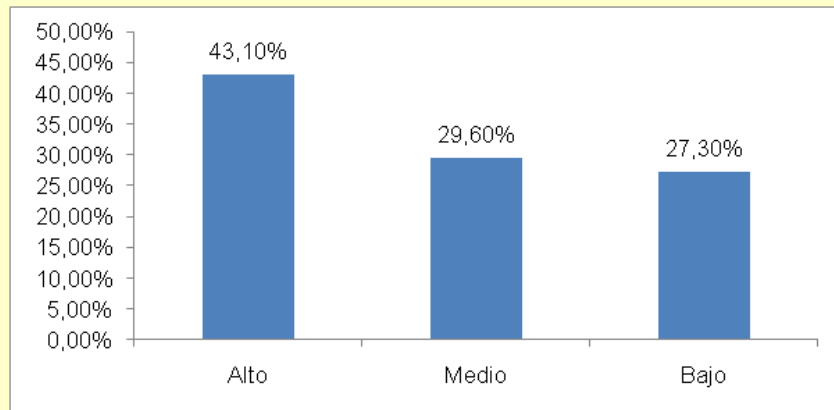
### DISPOSICIÓN A PROMOVER UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Encuesta Nacional UDP 2013.

Gráfico Nº 2

## DISPOSICIÓN A PROMOVER UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE (SI ESTARÍA DISPUESTO) POR NIVEL SOCIOECONÓMICO



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Encuesta nacional UDP 2013.

Se trata de una información relevante, precisamente porque se ha esgrimido que se está ante un proceso que sería masivo, lo que daría altos niveles de legitimidad a la nueva Constitución.

Porque en realidad, la experiencia a nivel regional de asambleas constituyentes, demuestran justamente lo contrario: esgrimiendo la representación de una amplia mayoría, solo ha significado una transferencia de poder hacia un grupo político determinado, esto es, verdaderos “golpes blancos” funcionales a los intereses de la autoridad de turno, los cuales han provocado intensas coyunturas de polarización social y política, en desmedro de los derechos civiles y políticos de los ciudadanos que se decía promover.

Por ejemplo, en el caso boliviano, Deheza<sup>8</sup> sostiene que diferencias internas entre las fuerzas representadas en la Asamblea Constituyente y las presiones externas provenientes de los movimientos sociales, organizaciones cívicas, gobierno central y de las prefecturas impidieron la elaboración de un texto que, al decir de Rousseau, respondiera a la voluntad general<sup>9</sup>, siempre en el contexto de un clima social que alcanzó su punto culmine en los enfrentamientos de la ciudad de Sucre, en pleno proceso constituyente, donde incluso llegaron a fallecer tres personas.

El caso de Ecuador también es un ejemplo de golpe al poder, como señala Basabe-Serrano; el diseño institucional no hizo más que cristalizar la orientación ideológica del gobierno de Correa, limitándose de este modo los incentivos que tiene el sector de oposición para consolidar y legitimar la nueva carta fundamental<sup>10</sup>. Así las cosas, en lugar de generar mayores condiciones para la búsqueda de consenso y acuerdos políticos, los

desbalances de poder impregnados en el texto constitucional han propendido a mayor polarización social y política.

El proceso venezolano y su resultado, la Constitución de 1999<sup>11</sup>, abrió la puerta para el uso y abuso de disposiciones institucionales que configuraron un modelo de democracia plebiscitaria<sup>12</sup> que finalmente derivó en un régimen que no puede ser catalogado, sino como un socialismo autoritario<sup>13</sup>.

Finalmente, un argumento recurrente dentro de los expertos nacionales ha sido mencionar el caso de Colombia como un proceso pacífico que efectivamente derivó en un nuevo orden institucional estable; se cita también porque este proceso al igual que en Chile, fue impulsado por líderes universitarios. Sin embargo, es preciso mencionar que las situaciones previas que detonaron el "momento constitucional" colombiano son radicalmente distintas a la chilena. Condiciones de exacerbación del clientelismo e introducción del mundo del narcotráfico en la política doméstica, la acción de grupos paramilitares, el asesinato a candidatos presidenciales, y el completo fin de la representatividad del sistema de partidos son algunas de las características mencionadas en la literatura<sup>14</sup> que dieron pie a la búsqueda de una nueva fórmula constituyente.

## Conclusión

La propuesta del asesor constitucional de Bachelet no sólo es una alternativa de ruptura institucional, sino que el retorno a gobernar por la vía de los resquicios legales. En un documento anterior hemos propuesto como alternativa seguir avanzando en el camino de reformas incrementales y acumulativas, que no es otro, que el camino de consensos constitucionales que ha construido Chile en los últimos 20 años<sup>15</sup>.

Junto con lo anterior, los partidarios de la sociedad libre deben poner arriba de la mesa nuevas fórmulas que vigoricen el sentido profundo de una Constitución: limitar los poderes públicos para así proteger los derechos y libertades individuales.

## En breve...

### ¿ASAMBLEA CONSTITUYENTE EN CHILE?:

- Las asambleas constituyentes surgen como una necesidad de una comunidad política de reconstituirse en casos graves.
- En la actualidad se ha redefinido el sentido de las asambleas constituyentes, pasando a ser un vehículo más de la controversia política. En efecto, se han utilizado como mecanismos de amplificación de poder de la mayoría de turno.
- El abogado Fernando Atria ha planteado que la Asamblea Constituyente es posible de implementar mediante la dictación de un decreto por parte de un futuro Presidente que convoca a plebiscito que, a pesar de ser inconstitucional.
- Se trata así de una propuesta que es tanto un resquicio como una mala estrategia legal en la medida en que existen otros mecanismos para controlar ese decreto inconstitucional.

<sup>1</sup> Patricio Zapata en diario El Mercurio, "Constitutionalistas difieren del diagnóstico de Fernando Atria", 25 de abril de 2013.

<sup>2</sup> Asamblea Constituyente: ¿La Salvación de Chile?. Libertad y Desarrollo. Temas Públicos Nº 1.079, 14 de septiembre de 2012.

<sup>3</sup> Sólo el de reforma constitucional y plebiscito.

<sup>4</sup> Ver nota en El Mercurio.

<sup>5</sup> Asamblea Constituyente: ¿La Salvación de Chile?. Libertad y Desarrollo. Temas Públicos Nº 1.079, 14 de septiembre de 2012.

<sup>6</sup> Widner. Proceedings "Workshop on Constitution Building Process". Princeton University, 2007.

<sup>7</sup> A partir de la evidencia comparada de procesos constituyentes desde 1789. Ver Ginsburg, Tom; et al. Does the Process of Constitution Making Matter? En *The Annual Review of Law and Social Science*. Nº 5, 2009, pp. 201-223.

<sup>8</sup> Informe Amnistía Internacional en <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR18/006/2007/en/0556932d-0cf4-446e-a1bd-7d406a1e726b/amr180062007es.pdf>

<sup>9</sup> Deheza, Grace. "Bolivia: ¿Es posible la construcción de un nuevo Estado? La Asamblea Constituyente y las Autonomías Departamentales". 2008, p. 63. En *Revista de Ciencia Política*. 28. 1, pp. 61-79.

<sup>10</sup> Basabe-Serrano, Santiago. "Ecuador: Reformas constitucional, nuevos actores políticos y viejas prácticas partidistas". 2009, p. 388. En *Revista de Ciencia Política*. Volumen 29, 2, pp. 381-406.

<sup>11</sup> Brewé-Carías, Allan. *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

<sup>12</sup> "Democracia Plebiscitaria: Una Propuesta Engañosa". Libertad y Desarrollo. Temas Públicos Nº 1.026, 12 de agosto de 2011.

<sup>13</sup> Maingon, Thais y Welsch, Friedrich. "Venezuela 2008: hoja de ruta hacia el socialismo autoritario". En *Revista de Ciencia Política*. 29, 2, pp. 633-656, 2009.

<sup>14</sup> Departamento de Ciencia Política, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de los Andes - Colombia. 2011. *Constitución de 1991, 20 años logros y pendientes*.

<sup>15</sup> Asamblea Constituyente de Bachelet: Una Propuesta Irresponsable. Temas Públicos Nº 1.107, 26 de abril de 2013.