



Y



¿QUÉ PUEDE CAMBIAR UNA NUEVA CONSTITUCIÓN?

Pedro Mujica*

La pregunta que muchos se hacen hoy en día es qué se puede cambiar a través de una nueva Constitución Política (en adelante CP), considerando que muchos alertan sobre la ineficacia de recorrer ese largo y controvertido proceso, por cuanto los verdaderos cambios que la movilización social hoy parece exigir se pueden lograr, se afirma, a través de la aprobación de simples leyes (no de una nueva constitución) que rectifique las asimetrías e injusticias sociales y económicas: reforma del sistema de pensiones; sistema de salud y otros muchos.

Antes de intentar contestar dicha pregunta, debemos constatar que su respuesta se ha hecho urgente precisamente porque se ha instalado en forma mayoritaria la necesidad de contar con una nueva Constitución, como producto del explosivo, violento y sorpresivo movimiento social que vivimos. Una CP consiste en la decisión política más relevante en un país porque contiene la estructura de la organización del Estado.

El argumento que más sobresale para afirmar la necesidad de una nueva CP se encuentra en que la actual carece de legitimidad fundacional, característica esencial de una Constitución, porque emana de una Junta Militar y fue ratificada en un plebiscito que no contó con los requisitos y estándares mínimos de un proceso electoral democrático.

En consecuencia, se afirma, la actual CP no fue adoptada por un Congreso democráticamente elegido como tampoco por una Comisión o Asamblea Constituyente elegida por el pueblo. Sin embargo, también es importante tener en cuenta que las constituciones que durante mayor tiempo han regido en nuestra República (1833, 1925 y 1980) fueron adoptadas en contexto político autoritario sin cumplir con una exigencia de amplia participación democrática: no han sido producto del ejercicio del poder constituyente del pueblo.

Aun cuando nuestra actual CP ha sido objeto de sucesivas reformas, que permitieron corregir una serie de enclaves autoritarios, por ejemplo, los senadores designados y el rol del Consejo de Seguridad, es indudable que ella no cuenta con la debida legitimidad fundacional o de origen. A ello se agrega que un cambio real y profundo en la distribución del poder y en la disminución de la desigualdad, que parecieran ser unos de

los reclamos más intensos que están al fondo de fondo del movimiento social, debe emanar de una Carta Fundamental que simbólicamente los chilenos estén dispuestos a firmar, puesto que determinará la forma de distribuir el poder, el andamiaje social y económico que resulte de este nuevo proceso y el catálogo de derechos y deberes de los ciudadanos.

En ese sentido puede conjeturarse que la demanda por una nueva Constitución tiene una cierta autonomía, que es independiente de los cambios de fondo que podrían lograrse a través de ella, circunstancia que debe considerarse en su propio peso, pero que no exime de la necesidad de revisar algunos de los aspectos más relevantes de nuestra estructura que sólo podrían revisarse o sustituirse a través de la aprobación de una nueva Constitución, que es el tema a que nos referimos a continuación:

- **Leyes que requieren mayorías especiales.**

Actualmente, nuestra CP dispone que para la aprobación o modificación de ciertas leyes supermayoritarias, como las denominadas Leyes Orgánicas Constitucionales se requiere de un quórum tan alto como 4/7 de los diputados o senadores en ejercicio.

En esta categoría encontramos entre otras la Ley General de Educación, Tribunal Constitucional; Partidos Políticos, Gobierno y Administración Regional; Votaciones Populares; Fuerzas Armadas. Las leyes que interpreten normas constitucionales, requieren para su aprobación o modificación de 3/5 de diputados y senadores en ejercicio.

Por otro lado, para reformar la actual Constitución (que es uno de los problemas que hoy enfrentamos) se requiere de un quórum de 2/3 o 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio, según la vía que se siga.

Para aquilatar debidamente dichas restricciones debemos tener en cuenta que el sistema democrático debe operar bajo el principio de la mayoría, no requiriéndose el voto favorable del perdedor para poder implementar o modificar una política pública; la regla contraria anula o impide las decisiones adoptadas democráticamente. De esta manera, puede afirmarse que nuestra actual CP otorga un poder de veto excesivo a la minoría parlamentaria y tiende a perpetuar el statu quo, a lo cual se suma el control preventivo obligatorio que tiene el Tribunal Constitucional, configurándose así un sistema institucional “antimayoritario”. Ello claramente incide en los términos de las decisiones públicas, producto de lo cual el sistema democrático pierde su capacidad de representación.

- **Tribunal Constitucional.**

En esta materia hay varios aspectos sobre los que actualmente hay debate. Por una parte, el Tribunal está integrado por 10 miembros, tres designados por el Presidente; cuatro elegidos por el Congreso Nacional y tres por la Corte Suprema, habiéndose llegado a una integración que se asimila a la contingencia política del momento, lo cual es preocupante toda vez que el Tribunal realiza una labor de carácter más bien político que jurídico, ya que crea más que aplica el derecho. El sistema actual permite



que sus miembros sean personas que hayan desempeñado cargos de elección popular o funciones en el Gobierno de turno en cargos de exclusiva confianza del Presidente de la República, o que hayan sido directivos de partidos políticos. Los miembros del TC deben contar con un mínimo de imparcialidad en sus decisiones y estar alejados de la política contingente.

Por otro lado, los jueces del TC no responden ni política ni jurídicamente.

Por último, es un problema sustantivo el rol de control preventivo de constitucionalidad que desempeña el Tribunal Constitucional. En esta función el TC opera como una “tercera cámara” y además con poca eficacia operativa ya que no produce cosa juzgada respecto de la inaplicabilidad, esto es, que aun cuando el TC se haya pronunciado positivamente sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley, posteriormente podrá declarar la inaplicabilidad de la misma norma legal frente a un caso concreto que deba revisar.

Difícilmente la ciudadanía puede entender que un proyecto de ley que es aprobado por el Congreso, días después sea dejado sin efecto por un órgano que carece de representación democrática, dándole la razón a una minoría política que antes había perdido su posición en el Congreso. El control preventivo obligatorio que realiza en Chile el TC importa una severa restricción a las facultades del Parlamento y en definitiva a la soberanía popular. En este sentido podemos señalar que los problemas de constitucionalidad de una determinada ley o norma se evidencian con la aplicación práctica y reiterada de la misma, por lo cual el examen preventivo que hace el TC sobre todo proyecto de ley es de carácter abstracto obligándolo a anticipar a ciegas las eventuales inconstitucionalidades que podría tener el proyecto bajo análisis.

- **Régimen de Gobierno.**

Chile cuenta con un régimen presidencial lo cual implica que el Presidente concentra el poder decisorio del Estado y a la vez cuenta con facultades de colegislador (iniciativa de ley, iniciativa exclusiva, urgencias, veto, decretos con fuerza de ley), conduce las relaciones internacionales, entre otras materias. Esta concentración de poderes se ejerce en desmedro del rol del Congreso Nacional. Por otro lado, ello incide en que no existe un mecanismo apropiado para resolver el conflicto denominado de las “dos soberanías”, el cual proviene de la legitimidad separada que tiene el Poder Ejecutivo (Presidente) y el Poder Legislativo (Congreso). Ambos son elegidos directamente por la ciudadanía mediante elecciones separadas y por tanto son “dos soberanías”.

Nuestro sistema solo cuenta con un mecanismo para intentar resolver el conflicto entre ambas soberanías: las acusaciones constitucionales, las cuales han demostrado ser insuficientes y defectuosas. En el caso que las fuerzas políticas dominantes en ambas ramas (Gobierno y Congreso) sean divergentes, se suele generar una crisis

de gobernabilidad o bien un quiebre institucional. La experiencia muestra que los quiebres institucionales han sido más frecuentes en sistemas presidencialistas que parlamentarios (desde el año 1978, 17 presidentes latinoamericanos han debido abandonar el poder antes de terminar su mandato al perder apoyo parlamentario y apoyo popular).

En esta línea, se ha planteado que Chile gire hacia un sistema semi presidencial lo cual significa que hay un Presidente de la República quien es elegido directamente por la ciudadanía y un Jefe de Gobierno (también llamado Primer Ministro o Premier), junto a un gabinete de ministros, todos designados por el Presidente de la República con el acuerdo del Congreso. La Jefatura de Gobierno debe contar con la confianza del Congreso y a la vez el presidente debe tener la facultad de poder disolverlo.

- **Reconocimiento pueblos indígenas.**

En esta materia Chile ha avanzado pero no hay un reconocimiento en el nivel constitucional de los pueblos indígenas y más allá, podría a través de una nueva CP declararse a Chile como un estado plurinacional o multicultural.

- **Mecanismos de Democracia Semi Directa.**

Hoy estamos en un proceso de intento de modificación de nuestra Constitución, existiendo cierto consenso en que más allá del mecanismo que se elija se hace necesario que una vez concluido el texto de la nueva Constitución se convoque a un plebiscito que apruebe o rechace una nueva Constitución. Lo anterior evidencia que Chile, a diferencia de la gran mayoría de países, no cuenta en su CP con mecanismos de democracia semi directa, siendo los más conocidos, el plebiscito, el referéndum, la revocación de mandato y la iniciativa popular de ley. Estos mecanismos se caracterizan porque las decisiones en materia de leyes (políticas públicas por ejemplo) pueden tener su impulso en la misma ciudadanía o bien, que ésta tenga la facultad de revocar el mandato otorgado a una autoridad que ha sido elegida por elección popular, o bien la facultad de llevar a votación popular directa un determinado tema a través de un plebiscito.

- **Derechos Políticos, Sociales y Económicos.**

Nuestra Constitución no contempla dentro de la lista de derechos garantizados una serie derechos que son relevantes como por ejemplo, el derecho a la participación ciudadana (solo consagración a nivel legal), o el derecho de acceso a la información (solo tenemos el principio de la publicidad). Por otro lado, mucho se discute sobre la necesidad de profundizar a nivel constitucional en materia de Derechos Sociales y Económicos (DESC), los cuales hoy están débilmente consignados. Hay derechos

que ni siquiera están mencionados: derecho al trabajo y a la vivienda. En el caso del derecho a la seguridad social se garantiza el libre acceso al mismo pero no se garantiza el derecho sustantivo mismo. También podrían incorporarse nuevos derechos como el derecho al agua.

En esta línea también se abre la posibilidad de que la garantía de tales derechos tenga su correlato en el reconocimiento de la judicialización de los mismos, es decir que si el Estado o alguna persona o entidad no respeta los derechos consagrados constitucionalmente, se pueda reclamar de ello ante los tribunales de justicia. Actualmente existe un sistema de jurisdicción constitucional de los derechos: recurso de protección y las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad que se ejercen ante el Tribunal Constitucional, lo cual se estima insuficiente por varias razones:

El recurso de Protección no procede para poder proteger los DESC (de esta manera la CP excluye de la acción de protección el derecho a la protección a la salud en su mayor parte; el derecho a la educación y el derecho a la seguridad social de forma expresa); por otro lado, son recursos extraordinarios, en el que los Tribunales no están llamados a pronunciarse sobre el fondo del asunto ni tampoco a establecer responsabilidades o sanciones económicas a las transgresiones a los derechos.

Por ello, siendo una materia debatible, es posible que una nueva CP establezca un modelo de jurisdicción constitucional aplicable a los derechos garantizados por la Constitución, es decir, los civiles, los políticos y los económicos y sociales (DESC), para lo cual habría que decidir qué tipo de órgano sería el apropiado para estos reclamos y cuáles derechos serían justiciables (cuáles podrían ser reclamados judicialmente). Los argumentos en contra se refieren básicamente a la necesidad de contar con un rígido principio de separación de poderes; la interrogante si los órganos judiciales deben intervenir o no en el ámbito de las políticas públicas (“gobierno de los jueces”) y la escasez de recursos financieros por parte del Estado para pagar las sumas o prestaciones que los Tribunales pudieran establecer al dar por infringidos los derechos garantizados.

- **Función Social / Rol Subsidiario del Estado.**

Claramente vinculado con el tema anterior, referido a la necesidad de consagrar de mejor manera los derechos sociales y económicos en la CP, es posible pensar que nuestra Constitución defina el Estado de Chile como un Estado Social, es decir, que el actual orden imperante correspondiente al modelo capitalista neoliberal, no sea reconocido como justo, entendiendo en cambio al Estado como un actor que participa activamente en la vida social y en la actividad económica del país. Bajo este concepto el Estado asume la responsabilidad de otorgar a todos los ciudadanos, y en

especial a los más vulnerables, las prestaciones y servicios adecuados para satisfacer las necesidades vitales, entendiendo de esta manera que el Estado no solo puede actuar subsidiariamente. Claro está que en esta materia los límites son difusos y se puede avanzar muy lejos, como la nacionalización de los medios de producción y la redistribución de la riqueza. Si bien la Constitución de 1925 contenía trazos de este concepto de Estado Social al otorgarle al derecho de propiedad una función social que no se agotaba en la utilidad pública; actualmente nuestra CP nada dice al respecto y contiene rasgos del denominado principio de la subsidiariedad, con ocasión del restrictivo rol que le cabe al Estado en materia de actividad empresarial, para que los privados ocupen el lugar preponderante.

- **Prevenir y sancionar abusos a la ciudadanía,** preferentemente en sus relaciones de consumo, para lo cual es necesario explicitar el rol fiscalizador y sancionador que pueden tener algunos servicios públicos, especialmente atendida la reciente interpretación del Tribunal Constitucional según la cual dicha potestad sancionatoria sólo puede recaer en los Tribunales de Justicia. Para estos efectos una propuesta es crear el Defensor del Pueblo u Ombudsman.

- **Recursos Naturales/Bienes Públicos,** sobre lo cual nuestra Constitución no se pronuncia. En efecto, la CP solo se refiere a los recursos mineros del país, declarando que son del estado y que cualquier particular puede tener la concesión de los mismos. Cabe entonces la posibilidad de que también se declaren como públicos otros bienes de primera necesidad como por ejemplo es el agua, que hoy está en manos de privados.

Por otra parte, se ha venido discutiendo en las últimas semanas las alternativas existentes en relación al mecanismo para que el país proceda a adoptar una nueva CP. En esta materia, bien sabemos que la vía institucional actual es el Congreso Nacional, el cual ha sido elegido por el voto popular. Las posiciones contrarias a ello, sostienen como argumento principal que el problema está justamente en que la redacción y debate de una Carta Fundamental debiera ser realizada por personas que no estuvieran ejerciendo cargos originados en nuestra actual Constitución, agregándose además argumentos que aluden a la baja adherencia popular que parecen tener actualmente los integrantes del Congreso.

De otro lado se propone que el medio más idóneo sería una Asamblea Constituyente, que es el mecanismo que ha sido usado por 11 de las 18 constituciones de Latinoamérica, partiendo de la base que dicha Asamblea debe ser producto de un proceso institucional; para estos efectos se propone que en lo inmediato se produzca una reforma a la actual CP que permita recurrir a la instancia de la Asamblea

Constituyente (para tal modificación se requiere 2/3 de senadores y diputados en ejercicio si se modifica el actual Capítulo XV y 3/5 si se crea un nuevo Capítulo en la CP). Por otro lado, es requisito de legitimidad básica que dicha Asamblea sea elegida de manera representativa y que su resultado final sea ratificado por la ciudadanía a través de referéndum constitucional. Bajo esta figura se podrían elegir personas que cuenten con la idoneidad para poder debatir la Carta Fundamental y que a continuación de realizar esa tarea queden inhabilitados para ejercer cargos de elección popular o de carácter público por un lapso prolongado de tiempo. También existen fórmulas en que parte de los integrantes de la Asamblea sean parlamentarios dispuestos a renunciar a sus cargos y otras personas destacadas que generen consenso.

Los detractores de la Asamblea Constituyente argumentan que constituye una especie de “mosaico” de intereses que no están llamados a realizar una de las funciones de los partidos políticos, cual es la de articular o mediar los intereses. Es decir, la labor de jerarquizar, ordenar, racionalizar las demandas y convertirlas en normas legales en este caso: designar una Asamblea Constituyente sería así pasar a llevar el rol de los partidos políticos que se refleja en la composición del Congreso Nacional.

Más allá de la discusión técnico jurídica sobre el mecanismos o vías para redactar una nueva Carta Fundamental y que ciertamente alude al tema de la legitimidad que debe alcanzar, debemos tener en cuenta que es un elemento fundamental que la nueva CP debe ser producto de un proceso participativo, lo cual implica en este momento de la historia, entre otros aspectos, que la participación ciudadana no puede entenderse cumplida entregando el tema únicamente a la clase política, esto es, a nuestros representantes. La idea de la representación ciertamente está en cuestión actualmente y por tanto, sin bien es cierto que vivimos en un sistema político esencialmente representativo, debe entenderse que el proceso deliberativo de una nueva constitución debe ser realizado con una cuota relevante de participación directa del “pueblo” (el poder constituyente por definición), mediante un procedimiento que permita entregar esa garantía.

En conclusión, las modificaciones del sistema político que pueden alcanzarse a través de una nueva Carta Fundamental son relevantes, pero debe considerarse que, formalmente al menos, muchas de las demandas más sentidas de la movilización actual pueden ser materia de leyes que no requieren de una modificación constitucional para ser aprobadas rápidamente por el Congreso. Así por ejemplo, una reforma tributaria es materia de una ley. Asimismo, la reforma al sistema de pensiones no requiere de un cambio constitucional.

Por último, para poder avanzar en una mejor redistribución de los recursos fiscales y acortar las brechas de desigualdad, hay un gran debate pendiente en lo que se refiere a las medidas más relevantes e inmediatas. De esa manera, se puede modificar el régimen actual del IVA que es un impuesto de carácter regresivo, es decir que pagan en el mismo porcentaje todas las personas sin distinguir nivel de ingresos, siendo el ingreso más relevante del Fisco en materia de recaudación tributaria, o bien, ajustar el impuesto a renta o al patrimonio a las personas que tienen mayores ingresos.

Por otro lado, es importante considerar que no solo se trata de que el Fisco recaude más impuestos, sino que también es esencial poder avanzar en generar mayor riqueza, para lo cual se requiere de un rediseño en varias materias, no solo en la reforma del aparato estatal sino que también en la inversión en ciencia y tecnología, con el fin de poder aumentar y diversificar los recursos y servicios que producimos.

- Abogado, Integrante Directorio Fundación Educación y Ciudadanía

