



13/07/2009

Política

**Los traumas del
Constitucionalismo
Democrático y de la
Política de Mayorías en
Chile: De los Resquicios Legales al
New Deal**

13/07/2009

Sociedad

**Cicerón, Bobbio y los
viejos de hoy**

06/07/2009

Sociedad

Mujer y felicidad

06/07/2009

Economía

**Balance estructural,
política fiscal y las críticas
al "manito de guagua"**

26/06/2009

Política

**De la caída del muro de
Berlín al derrumbe de Wall
Street IV**

26/06/2009

Política

**La encuesta del día
después: Análisis de la
CEP**

Acerca de

Este informe ha sido preparado por el Consejo Editorial de asuntospublicos.ced.cl.

©2000 asuntospublicos.ced.cl. Todos los derechos reservados.

Se autoriza la reproducción, total o parcial, de lo publicado en este informe con sólo indicar la fuente.

Informe N° 726

Política

13/07/2009

Los Traumas del Constitucionalismo y de la Política de Mayorías en Chile: De los Resquicios Legales al New Deal

Fernando Muñoz León (*)

Los males del presente: el derecho como obstáculo al cambio social

Habiendo nacido en 1981, un año después de que Pinochet pusiera en vigencia una constitución hecha a su medida mediante un plebiscito fraudulento, mis preocupaciones jurídicas y políticas han sido moldeadas por las posiciones tomadas y conceptos desarrollados durante las batallas por la transición a la democracia y su consolidación. Son esas preocupaciones –que giran en torno a la problemática relación desarrollada durante las últimas dos décadas entre derecho, política, conocimiento y poder– las que quiero exponer en estas breves líneas. Los males del presente que aquejan a estas dimensiones nos llevarán a prestar atención a los traumas del pasado reciente; traumas a partir de los cuales, a fin de exorcizarlos, iniciaremos un diálogo comparativo con la experiencia exitosa de otras sociedades en materia de reinterpretación radical del ordenamiento jurídico y construcción de un orden político en torno a dicha reinterpretación.

Durante las últimas dos décadas la Constitución chilena ha funcionado como un obstáculo al cambio social, tal como titulara el destacado jurista Eduardo Novoa Monreal una de sus obras escritas en el exilio. Esta labor obstaculizadora se ha expresado tanto en su condición de *gramática política* como de *discurso constitucional*.

La gramática, como se sabe, integra sintaxis y semántica posibilitando la creación de significado por parte de sus usuarios. De la misma manera, en cuanto *gramática política*, toda constitución crea estructuras, procedimientos, y titularidades que los actores políticos emplean como una sintaxis para formular sus metas y llevar a cabo sus planes; y establece puntos de referencia semánticos cuyo significado es determinado por esos mismos usuarios. Ejemplos de la dimensión sintáctica en el caso de la constitución chilena es la creación de organismos constitucionales como la Presidencia; de procedimientos como el proceso legislativo; y de titularidades como el derecho a voto, ejemplos de la dimensión semántica también en nuestra constitución es la declaración de que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, o la afirmación de que la autoridad del Presidente se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad

externa de la República de acuerdo con la Constitución y las leyes. Así vista, la constitución se presenta como un espacio de flexibilidad y adaptabilidad, así como de radical libertad e incluso disrupción.

El discurso, en tanto, es la acumulación de todo aquello dicho por los usuarios de una gramática. Así, en cuanto *discurso constitucional*, enfocamos nuestra atención en aquellas interpretaciones de la gramática política que han sido efectivamente formuladas por los usuarios del sistema –los ciudadanos, la clase política, los integrantes de los poderes públicos, entre muchos otros– y tomando en cuenta su arraigo, vigencia y persuasión en un determinado contexto histórico. El discurso constitucional se mueve a lo largo de ejes circunscritos por la coherencia y la contradicción, por la completitud y la presencia de lagunas. En este sentido, la constitución se llena de historicidad, es decir de estabilidad sujeta al acontecer histórico; y adquiere una tal densidad que proporciona la oportunidad para su estudio disciplinario, resultando en la articulación de una profesión –la profesión jurídica, en sus diversos aspectos: docencia, litigiosidad, asesoría corporativa o administrativa, ejercicio de la función jurisdiccional, entre otros– que fundamenta sus expectativas de poder y prestigio en la apelación a su saber.

La gramática política de los amarres institucionales

La así llamada Constitución de 1980 ha sido problemática durante las últimas dos décadas en todos esos niveles gramaticales y discursivos para los propósitos de la expresión eficaz de las mayorías, la inclusión política, y la reforma jurídica. Tal como he señalado, la dimensión gramatical de una constitución está a cargo de proveer espacio para su flexibilidad. Esta característica permite su adaptación exitosa a circunstancias cambiantes, y provee de legitimidad procedimental al crear caminos para canalizar institucionalmente el proceso político y administrar los conflictos políticos. La dimensión gramatical, por lo tanto, da cuenta de la viabilidad a largo plazo de una constitución tanto en términos de su adaptabilidad como de su legitimidad, y es por ello que es tan importante. Muy por el contrario, la Constitución de 1980 es una camisa de fuerza, concebida por sus creadores como un candado institucional para dejar todo “amarrado, bien amarrado” y consagrar una *democracia protegida*.

En términos sintácticos, la Constitución de 1980 apunta a la protección de las políticas públicas implementadas por la dictadura de Pinochet a través de estructuras que permanecen hasta el día de hoy. Así, durante las últimas dos décadas ha creado ficticiamente un empate político a través de un sistema electoral binominal; y proporciona un poder de veto legislativo a la minoría sobre-representada en el Congreso (durante gran parte de este período, además suplementada por los Senadores Designados) al crear la categoría de las leyes orgánicas constitucionales, sobre las cuales ya escribiera en este mismo medio anteriormente (i): sobre trece leyes de la más alta importancia institucional y social (piénsese en la ahora famosa LOCE, la Ley Orgánica Constitucional de Educación) redactadas y puestas en vigencia nada más ni nada menos que por la misma Junta Militar, leyes cuyo requisito supermayoritario para su modificación carece de precedentes en nuestra historia y otorga efectivamente el poder a los parlamentarios de derecha (cuyo número tiende a equipararse con los de la Concertación mediante el binominal) para bloquear o condicionar toda modificación. Como sostiene Arturo Ferrandois al justificar esta institución, “el Presidente requiere entenderse con sus opositores en el Congreso, de lo contrario amplias zonas de gobierno quedarán inactivas o *bloqueadas*... (debido) a la existencia del quórum calificado para legislar, nombrar, insistir, etcétera”, de tal manera que “el constituyente *forzó* un escenario institucional de consenso”, con lo cual “la nueva filosofía redujo el poder de cambio de la mayoría” (ii). A la dimensión sintáctica pertenecen también los procedimientos inusualmente reforzados de la Constitución de 1980 para proteger el derecho de propiedad y el derecho a emprender actividades económicas, dotados de un poder compulsivo del que carecen otros derechos individuales (tales como la libertad de conciencia) y todos los derechos sociales.

En cuanto a su semántica, la Constitución de 1980 es también altamente idiosincrática. Caracterizada por la implantación de una retórica libertaria en lo económico y conservadora en lo social, evidencia la huella de las dos elites profesionales que apoyaron la dictadura y en último término dieron forma a su discurso y políticas: los economistas conocidos como los "Chicago Boys", adalides de la ortodoxia de Milton Friedman; y los abogados gremialistas, congregados por Jaime Guzmán a partir de 1967 para combatir la movilización progresista en la Universidad Católica. Esta retórica libertario-conservadora está dispersa, junto al lenguaje de la seguridad nacional impregnado por la mano militar, a lo largo de toda la Constitución en cuya redacción Jaime Guzmán precisamente jugó un papel central; ella se evidencia particularmente en sus capítulos I y III, Bases de la Institucionalidad y Derechos y Deberes Constitucionales, respectivamente. En definitiva, como sus propios partidarios han sostenido, la "Constitución, aún reformada, no es neutra, y contiene una definición muy clara" (iii).

La dimensión gramatical de una constitución, incluso en el caso de nuestra Constitución, ofrece posibilidades inmensas de interpretación y reinterpretación como sugiriera más arriba. Esto es evidente en el caso de algunas estructuras sintácticas que crean procedimientos y titularidades que pueden ser utilizados con diversos fines; como lo señala críticamente el mismo Fernandois, "toda ideología y partido podía servirse de la legalidad y de los instrumentos que la democracia les entregaba, desde su legitimidad para generar parlamentarios hasta su acceso a los medios de comunicación" (iv). Estas posibilidades reinterpretativas son mucho más evidentes en el caso de los elementos semánticos de la constitución; los cuales se caracterizan por la relación inestable entre significante (en nuestro caso, las cláusulas constitucionales de contenido abierto) y significado. A su vez, incluso aquellos elementos sintácticos que por su condición de estructuras parecieran a primera vista estar dotadas de un grado mayor de estabilidad semántica, caen presa de la inestabilidad semántica del lenguaje debido al hecho de que el lenguaje es recursivo, es decir "cada proposición puede ella misma transformarse en el objeto de una nueva proposición" (v). Así, dado que estructuras sintácticas como las facultades presidenciales están formuladas ellas mismas mediante elementos semánticos, la demarcación precisa de éstas se convierte en objeto de la contienda política. Es el caso de la atribución presidencial de ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes; atribución que ha sido, durante las dos últimas décadas, objeto de discusión doctrinal por parte de tratadistas, practicantes y diversas judicaturas.

La inestabilidad semántica de los significantes, en el plano jurídico, ha sido etiquetada por la teoría del derecho como el argumento o tesis de la indeterminación. En cuanto tal, la tesis de la indeterminación del derecho ha constituido el foco de la discusión teórica contemporánea; desplazando a discusiones ya obsoletas, como la rivalidad entre un derecho natural cuyos fundamentos epistémicos han sucumbido y un positivismo que ha debido renunciar a pretensiones ideológicas replegándose a la comprensión del fenómeno jurídico.

El hegemónico discurso constitucional conservador

Dichas posibilidades reinterpretativas, sin embargo, dependen para ser actualizadas del uso que los actores políticos y jurídicos hagan de la gramática política; en otras palabras, dependen del *discurso constitucional*. Y en este sentido, la escena nacional ha sido capturada por la facción conservadora de la profesión, que a fin de monopolizar la determinación del contenido semántico de la constitución ha descansado en una metodología "originalista" que pretende ser la única vía de acceso al "sentido auténtico" de la constitución. En esto, el discurso constitucional conservador se ha apoyado en las premisas del formalismo jurídico:

es decir, que el derecho tiene una esencia, ya sea de carácter universal –en su versión iusnaturalista– o trascendental –en algunas variedades kantianas–, la cual está ahí a la espera de ser descubierta en sus cláusulas abiertas por el exégeta paciente. Asumir que las constituciones tienen una substancia, cuya comprensión está sujeta a sencillas operaciones de verificación binaria (usted sabe o no sabe) es creer que en lugar de estructurar una gramática ellas definen un *credo*. Es olvidar esa dimensión gramatical y quedarse solamente con una única versión de las muchas posibles y disponibles en el discurso constitucional. Debido a su indeterminación las constituciones, ha de ser reiterado, no están en condiciones de proporcionar respuestas para el proceso político sino de proporcionar reglas sintácticas y referentes semánticos para su manejo por parte de los mismos actores.

Pese a ello, el discurso constitucional conservador ha sido en general exitoso durante estas últimas dos décadas en alcanzar su propósito, como he señalado, debido a la cultura jurídica prevaleciente, caracterizada por una comprensión formalista y esencialista del fenómeno jurídico. Esta premisa teórica le ha permitido erigir en fuente de interpretación constitucional un documento de tan poco valor práctico y de tan pequeña legitimidad democrática como las *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, recopilación de las sesiones de la comisión nombrada por la Junta Militar, también conocida como *Comisión Ortúzar*, que tenía por objeto preparar un anteproyecto de constitución. Esta estrategia interpretativa es una auténtica jaula de hierro de la cual ni siquiera los críticos del discurso constitucional conservador han podido escapar, como lo evidencian algunas polémicas constitucionales recientes.

Formalismo y Enseñanza del Derecho

El discurso constitucional conservador tiene en esto a su mejor aliado, al obsoleto formalismo reinante en la educación del derecho. Esta, al margen de la orientación más o menos práctica de sus metodologías de enseñanza, permanece en Chile en la más sencilla premodernidad en términos de sus presupuestos teóricos –el derecho como una entidad universal o trascendental, no como una construcción histórica– y su organización institucional –la enseñanza del derecho a manos de los mismos que lo litigan, desconociendo la regla fundamental de la división social del trabajo–. En este contexto, acríptico y repetitivo, el formalismo en la enseñanza y estudio del derecho repite los presupuestos que han favorecido durante las últimas dos décadas al discurso constitucional conservador.

Formalismo y Ejercicio de la Profesión

Al mismo tiempo, el formalismo también caracteriza a quienes ejercen la profesión de abogado desde sus escritorios, en tribunales, y en otros espacios institucionales. Las premisas formalistas entre nosotros han creado una profesión que renuncia a la deliberación, discusión y acción colectiva, a diferencia de lo que ocurre en otros países de la región y paradigmáticamente en Estados Unidos. El fenómeno de la litigación de interés público, de gran relevancia en países como la Argentina, está prácticamente ausente de nuestra sociedad salvo los esfuerzos realizados desde algunos centros académicos. La profesión misma en cuanto tal, sin embargo, está totalmente ausente de esta práctica que apunta a transformar aspectos estructurales relacionados con el acceso a la justicia. Los espacios institucionales que podrían desempeñar esta labor, como la práctica en la Corporación de Asistencia Judicial y el turno, distan de tener el impacto transformador y generador de cambio social al cual la litigación de interés público aspira; al tiempo que suscitan un rechazo prácticamente unánime por parte de quienes han de soportar dicho peso institucional. En tanto, la profesión misma se contenta con el remedo de la labor pro bono, entrega de servicios jurídicos

gratuitos a organizaciones por lo general a su vez voluntarias y de beneficencia. La diferencia entre litigación de interés público y el trabajo pro bono es evidente: mientras la primera apunta a involucrarse y poner fin a realidades sociales percibidas como injustas, la segunda es ajena a este enjuiciamiento de la realidad social y opta por causas de carácter menos polémico. Con esto, la profesión en cuanto tal se mantiene al margen de procesos en los cuales podría jugar un papel destacado; y esto no porque no existan abogados que suscriban dichas causas en términos personales, individuales, sino porque la profesión ha optado por rehuir la acción colectiva como el avestruz que esconde su cabeza.

A desatar los traumas de la transición

He aquí algunos de los malestares que hacen del derecho –de su estructura gramatical y discursiva, de su enseñanza, de su ejercicio– un obstáculo al cambio social. Uno de los nudos articuladores de dicho complejo temático parece ser el formalismo y, en oposición, el temor a la indeterminación del derecho y al uso instrumental del mismo. La indeterminación del derecho es una fuente de libertad en cuanto autodeterminación; pero también de incertidumbre. El uso instrumental del derecho, según algunas narrativas históricas, ha sido “sumamente peligroso, porque un partido o movimiento que se organizara para derrocar por la violencia al gobierno democrático, o que usara la llegada a éste para provocar o intensificar una lucha armada o de clases, gozaba de pleno respeto y protección por el sistema jurídico. Y en la práctica, consignan los defensores de esta tesis, mucho de ello ocurrió en Chile” (vi). El gobierno de la Unidad Popular es a Chile lo que Weimar es a Alemania: el desastroso colapso de una democracia liberal e inclusiva, colapso que creó la oportunidad para la captura del poder por parte de una dictadura terrorista sucedida a su vez por una democracia traumatizada y mucho más constreñida. La diferencia entre Chile y Alemania, en este sentido, es que a diferencia de Alemania en Chile la democracia subsecuente está institucionalmente conectada con la dictadura terrorista que le precedió. De hecho, ella hubo de transar con dicho régimen dadas las circunstancias históricas y los equilibrios de poder, particularmente el apoyo popular no despreciable recibido en el plebiscito de 1988 y el apoyo substancial de las élites económicas, los militares, y los medios de comunicación (todo lo que Andrés Allamand en una de sus vidas anteriores bautizara como los poderes fácticos). En orden a lidiar con los fantasmas que asustan a las élites políticas y jurídicas chilenas, fantasmas que reducen la disponibilidad de caminos alternativos para una ciudadanía satisfecha en gran medida, pero frustrada profundamente, es necesario iniciar una exploración hacia el pasado de las batallas políticas y jurídicas libradas durante la Unidad Popular. A eso, y a develar los paralelos y semejanzas con los procesos similares encabezados en Estados Unidos por Franklin Delano Roosevelt, se dedicará la próxima entrega.

(*) Abogado. Master y Candidato a Doctor en Derecho, Yale Law School.

(i) Fernando Muñoz, “Por una Democracia Real: Eliminemos las Leyes Orgánico Constitucionales”, Asuntos Públicos, Informe No. 496, 20/09/2005.

(ii) Arturo Fermandois, “Gobierno Dividido versus Gobierno Unificado. Reflexiones sobre el Período Presidencial”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 27 (2000), p. 508. El énfasis es mío.

(iii) Arturo Fermandois, “Notas sobre el Futuro de las Normas Constitucionales que Protegen el Sistema Democrático”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 18 (1991), p. 30.

(iv) Fermandois, Op. Cit., p. 28.

(v) Paul Kahn, *Putting Liberalism in its Place*, Princeton University Press (2005), p. 50.

(vi) Fermandois, Op. Cit., p. 28.