



Polis

Revista Latinoamericana

39 | 2014

Brasil en la integración de América Latina

Fernando Atria Lemaitre, *La Constitución Tramposa*, LOM Ediciones, Santiago, Chile, 2013, 161 p.

Edison Orellana Ramos



Edición electrónica

URL: <http://journals.openedition.org/polis/10610>

ISSN: 0718-6568

Editor

Centro de Investigación Sociedad y Políticas Públicas (CISPO)

Referencia electrónica

Edison Orellana Ramos, « Fernando Atria Lemaitre, *La Constitución Tramposa*, LOM Ediciones, Santiago, Chile, 2013, 161 p. », *Polis* [En línea], 39 | 2014, Publicado el 26 enero 2015, consultado el 01 mayo 2019. URL : <http://journals.openedition.org/polis/10610>

Este documento fue generado automáticamente el 1 mayo 2019.

© Polis

Fernando Atria Lemaitre, *La Constitución Tramposa*, LOM Ediciones, Santiago, Chile, 2013, 161 p.

Edison Orellana Ramos

- 1 Ad portas de la elección presidencial más politizada desde el retorno a la democracia, el profesor Atria, miembro de la comisión de Constitución del comando de Michelle Bachelet, nos ofrece en este libro una sistematización de su aguda y controvertida visión acerca del problema constitucional en Chile.
- 2 Atria articula al menos seis tesis distintas y relacionadas entre sí acerca del problema constitucional chileno, sobre los siguientes tópicos, a saber: 1) el tipo de lenguaje que debe emplearse en la discusión sobre una nueva Constitución y Asamblea Constituyente; 2) qué es una Constitución; 3) cuál es su función en un régimen democrático; 4) cómo debe interpretarse una Constitución; 5) por qué la Constitución actualmente vigente es una Constitución “tramposa”; y 6) cómo superar las trampas de dicha Constitución.
- 3 Sobre el método o el tipo de lenguaje que debe emplearse en las discusiones sobre la necesidad o no de crear una nueva Constitución, el autor afirma que el debate público sobre esta materia se ha oscurecido porque el lenguaje jurídico, o más precisamente, el de los profesores de derecho constitucional, ha sido hegemónico. En otros términos, sólo las categorías y distinciones conceptuales del derecho, que asumen la vigencia actual de ciertas reglas constitucionales (en oposición a categorías y distinciones para crear nuevas reglas constitucionales, que no suponen un conjunto de reglas pre- establecidas) gozan de legitimidad pública y se han apropiado del lenguaje constitucional. A este respecto, el profesor Atria propone que el lenguaje a usar en la discusión sobre una nueva Constitución debe ser un lenguaje político, esto es, un lenguaje de la ciudadanía y no el de los profesores de derecho constitucional. Su justificación es que el derecho despolitiza las discusiones políticas, en el sentido que las priva de su carácter polémico, entendiendo por polémico aquello que no puede ser adjudicado por un tercero imparcial. En efecto, una

discusión o conflicto político, una vez zanjado en el Congreso Nacional, se convierte en ley. Y una vez que es ley, es obligatoria para todos, pese a las objeciones políticas que cualquier ciudadano pueda tener en su contra.

- 4 El lenguaje jurídico no resultaría idóneo para debatir acerca de la necesidad de una nueva Constitución porque implica usar un lenguaje vinculado al actual ordenamiento constitucional. Una discusión que se dé exclusivamente entre técnicos, entre “expertos” que decidan tanto los fines a perseguir como los medios a emplear, producirá como resultado algo con un sesgo conservador que favorece lo dispuesto en la Constitución existente, y además conlleva negar la agencia política de la ciudadanía. En otros términos, el empleo de las distinciones y categorías del derecho constitucional para discutir sobre una Nueva Constitución restringen innecesariamente las opciones disponibles y priva a quienes dan legitimidad al sistema democrático, los ciudadanos, de la posibilidad de involucrarse en dicha discusión. Así las cosas, el autor denomina “hablar al revés” el uso del lenguaje político en la discusión sobre una nueva Constitución, o más específicamente, el movimiento desde lo político a lo jurídico. Esta tesis de Atria, además de ser más consistente con un régimen democrático, tiene la virtud de intentar romper el proceso de despolitización que ha vivido nuestro país desde la dictadura cívico-militar (y que ha comenzado a revertirse claramente al menos desde el 2011), y que adquirió durante los gobiernos de la Concertación una evidente notoriedad a propósito de la elaboración de políticas públicas exclusivamente a partir de la opinión de técnicos o expertos sobre una materia determinada.
- 5 Por otro lado ¿qué es una Constitución? El criterio formalista nos indica que son normas jurídicas difíciles de modificar. Desde luego, ese criterio es insuficiente dado que cualquier norma, independientemente de su contenido, por el hecho de estar en la Constitución usualmente es difícil de modificar mediante la exigencia de quórum más elevados que los de una ley ordinaria. En consecuencia, plantea el autor, es indispensable contar con un criterio sustantivo para identificar las normas que son parte de una Constitución. Para Atria, las normas que forman parte de la Constitución son aquellas cuya abolición o reemplazo es problemática en cuanto “implicaría transformar la identidad o la forma de la unidad política que conformamos” (p.34). Este criterio serviría para distinguir entre Constitución (normas que satisfacen dicho criterio y que están en el texto de la Constitución) y leyes constitucionales (normas que están en la Constitución pero que no satisfacen el criterio en cuestión). Esta distinción a su vez permitiría distinguir qué normas deberían estar en el texto de la Constitución y cuáles deben estar en leyes. Desde esta perspectiva, a la práctica de introducir normas que no transforman la identidad o la forma de la unidad política que conformamos en el texto de la Constitución el profesor Atria la denomina “abuso de la forma constitucional”.
- 6 En este punto es pertinente aclarar que, en oposición a la posición defendida por la mayoría de la izquierda chilena, Atria no considera ilegítima la Constitución de 1980 por su origen dictatorial. Para estos efectos el autor se encarga de destacar que en el caso de la Constitución chilena vigente el “abuso de la forma constitucional” mencionado más arriba fue posible porque existía una dictadura, es decir, por un poder absoluto y concentrado, sin contrapesos, para determinar el contenido de la Constitución. Entonces, sólo en este sentido sería relevante que la Constitución de 1980 fue promulgada durante un gobierno de corte autoritario.
- 7 Así las cosas, a partir de su entendimiento de lo que es una Constitución es que el profesor Atria infiere que en definitiva la Constitución sería una decisión del pueblo y su función

sería crear “instituciones en virtud de las cuales sea posible atribuirle otras decisiones al pueblo” (p.38).

- 8 Ahora bien ¿por qué la Constitución chilena sería una Constitución tramposa? El argumento de Atria, que tiene como punto de partida una cita de Jaime Guzmán que a estas alturas es tristemente célebre, es que la Constitución vigente sostiene un diseño institucional cuya finalidad es “neutralizar la agencia política del pueblo”. En otros términos, el propósito deliberado de las principales instituciones políticas del país sería volver irrelevante la voluntad de la ciudadanía, perpetuando así “el modelo” legado por la dictadura.
- 9 La forma en que esto ocurriría sería a través de tres cerrojos y un meta cerrojo: el sistema electoral binominal, los quórum de las leyes orgánicas constitucionales, la competencia preventiva del Tribunal Constitucional, y finalmente los quórum de reforma constitucional. Por ejemplo, si una coalición de gobierno contara con mayoría absoluta en ambas cámaras (50 por ciento más 1) pese a las dificultades que le impone el sistema electoral binominal que tiende a “empatar” en número de escaños a las dos coaliciones principales, no podría aprobar ningún proyecto de ley que fuera materia de ley orgánica constitucional (v.gr educación, Administración del Estado, concesiones mineras, partidos políticos) sin el apoyo de la otra coalición, ya que el quórum de aprobación de una ley orgánica constitucional es de 4/7 de los senadores y diputados en ejercicio. E incluso, en el improbable caso que lograra aprobarse, la competencia preventiva del Tribunal Constitucional podría dejar sin efecto el proyecto de ley antes de que este se convierta en ley. Y para modificar este estado de cosas, es necesaria una reforma constitucional, cuyo quórum en este caso es de 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio. Así las cosas, el efecto conjunto de estos cuatro mecanismos es que, respecto de materias de ley orgánica constitucional, la coalición defensora del diseño institucional concebido durante el régimen autoritario de Pinochet, tiene poder de veto, puesto que sin su consentimiento no pueden modificarse las leyes que reglan esas materias.
- 10 Cabe señalar que el profesor Atria no considera parte de las “trampas” de la Constitución vigente el sesgo neoliberal de la forma en que están regulados algunos derechos en la Carta Fundamental, sesgo que se produciría en parte por el texto constitucional, y en parte por la interpretación predominante que se ha hecho de ese texto. Sin embargo, para el profesor Atria, este tipo de regulación en la Constitución es objetable no por ser neoliberal, sino por ser un “abuso de la forma constitucional”. En otras palabras, materias tales como las ideas específicas sobre economía que deben gobernar en la sociedad chilena no deberían estar reguladas en la Constitución, sino en la ley. A diferencia de otros críticos de la Constitución de 1980, el profesor Atria no es un maximalista que pretenda una regulación detallada de derechos económicos y sociales en la Constitución.
- 11 El argumento de Atria sobre el carácter “tramposo” de la Constitución es impecable pero admite un matiz relevante que modifica su alcance y arroja luz respecto de la responsabilidad política de los gobiernos de la Concertación. Ello, porque existen materias relevantes como salud, pensiones, régimen laboral y sistema tributario que no son materia de ley orgánica constitucional, por lo que bastaría tener mayoría en ambas cámaras para implementar dichas reformas, siempre que (y en esto Atria sigue teniendo razón) a solicitud de un grupo de parlamentarios el Tribunal Constitucional no declare inconstitucional el proyecto de ley en cuestión en uso de sus facultades preventivas. En consecuencia, la existencia de las trampas de la Constitución no justifican la ausencia de reformas sustantivas en materias que no son de ley orgánica constitucional cuando han

existido mayorías en ambas cámaras del Congreso (con las dificultades que ello implica), con la sola excepción de la competencia preventiva del Tribunal Constitucional.

- 12 En cuanto a la forma de superar las trampas de la Constitución, el autor cree que una asamblea constituyente sería el mecanismo más preferible (aunque no el único posible), dado que existiría una estrecha conexión entre la sustancia (crear una nueva Constitución de acuerdo al criterio identificadorio indicado más arriba) y la forma (el mecanismo para crear una nueva Constitución). Dicha conexión se manifiesta en que una nueva Constitución será efectivamente tal si no está vinculada por reglas anteriores, si parte de una “hoja en blanco”. Y una asamblea será “constituyente” sólo si produce como resultado una nueva Constitución de acuerdo a esa caracterización.
- 13 La propuesta de Atria para implementar una asamblea constituyente consiste en que el Presidente de la República dicte un decreto supremo dentro de su potestad reglamentaria autónoma, llamando a un plebiscito donde se consulte a la ciudadanía si desea la creación de una nueva Constitución a través de una asamblea constituyente. De acuerdo a la interpretación del autor, la constitucionalidad de dicho decreto sólo puede ser revisada por el Tribunal Constitucional, a requerimiento de alguna de las Cámaras del Congreso. Por lo tanto, si el Presidente de la República tuviese mayoría en ambas cámaras, el Tribunal Constitucional no tendría competencia para determinar la inconstitucionalidad del decreto en cuestión.
- 14 Incluso si uno concediera esta forma de interpretar la Constitución, cuestión que se abordará con posterioridad, cabe señalar que esta propuesta tiene el defecto práctico de que en último término depende de la interpretación que el Tribunal Constitucional haga de sus propias competencias para revisar la constitucionalidad de un decreto supremo dictado por el Presidente de la República en materias de potestad reglamentaria autónoma. Porque, incluso si el Presidente tuviese mayoría en ambas cámaras, una minoría parlamentaria que se oponga al plebiscito podría requerir al Tribunal Constitucional y, como en último término es este Tribunal quien interpretará si tiene o no competencia para resolver, y dado su historial conservador, muy probablemente se declararían competente y acogería la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del decreto en cuestión.
- 15 Por último, Atria plantea un método de interpretación constitucional que entre otras cosas le permite llegar a la conclusión antes señalada respecto de la posibilidad de convocar a un plebiscito respecto del llamado a una asamblea constituyente mediante un decreto supremo. En lugar de identificar automáticamente el espíritu o finalidad de las normas constitucionales con el ideario político de los miembros de la Comisión de profesores de derecho constitucional afines a la dictadura cívico-militar que redactaron el texto de la Constitución, el autor plantea que sí es posible determinar una finalidad distinta de una norma Constitucional, en especial si ésta se relaciona con “formalidades, definiciones competenciales y procedimientos”. Entonces, en la medida que el derecho constitucional es propiamente derecho y no meras ideas políticas plasmadas en un texto constitucional, es posible apartarse de los fines perseguidos por los miembros de la Comisión Ortúzar y la Junta Militar.
- 16 Este método de interpretación de la parte orgánica de la Constitución tiene la ventaja de adaptarse a los cambios que va experimentando la sociedad con el paso del tiempo en lugar de apegarse perpetuamente a la voluntad de los autores del texto constitucional. Sin embargo, precisamente porque Atria concibe al derecho constitucional como derecho, la interpretación de las normas de la Constitución queda limitada por la posibilidad de

poder reconstruir la racionalidad de la regla que se está interpretando. Desde luego, uno podría pensar por qué no interpretar también la parte dogmática de la Constitución (derechos fundamentales) con este método, lo cual desde luego resulta especialmente justificado considerando que los propósitos perseguidos por quienes elaboraron la Constitución vigente eran explícitamente antidemocráticos en el sentido de buscar neutralizar la voluntad de la ciudadanía. Sin embargo, es necesario tener presente que en el caso de la Constitución chilena, los derechos fundamentales se encuentran en muchos casos hiperregulados, es decir, regulados con gran detalle (lo cual es un caso emblemático de lo que Atria llama “abuso de la forma constitucional”), lo cual evidentemente limita en parte tanto las posibilidades de interpretar la Constitución apartándose del programa político de afín a la dictadura, como asimismo las materias susceptibles de regulación a través de la ley por el Congreso Nacional.

- 17 En resumen, pese a ser de breve extensión, *La Constitución Tramposa* es un libro agudo, sin duda producto de una reflexión de años sobre el problema constitucional chileno, y que pese a su carácter altamente polémico (en el sentido que el autor da a esa expresión), e independientemente de los desacuerdos conceptuales o normativos que puedan plantearse sobre las diferentes tesis propuestas, resulta indispensable para una adecuada comprensión de la discusión acerca del problema constitucional en Chile.

AUTOR

EDISON ORELLANA RAMOS

Santiago, Chile. Email: edisonorellanaramos@gmail.com