

¿A quién pertenece la Constitución en Chile? Cortes, Democracia y Participación*

Domingo Lovera Parmo*

“Yes I know my enemies. They’re the teachers who taught me to fight me. Compromise, conformity, assimilation, submission. Ignorance, hypocrisy, brutality, the elite ...”

RATM

1. Introducción: política, exclusión y cortes

Mi ánimo en este trabajo no es el de proponer un método específico de interpretación constitucional, sino el de avanzar algunas ideas acerca de cuál es el acercamiento que las cortes, pero en especial el Tribunal Constitucional, deberían tener al decidir conflictos constitucionales. La política actual, argumentaré, está animada por, y funciona a través de, la búsqueda de amplios consensos entre las clases dominantes.¹ Esta forma de hacer política es particularmente intensa en Chile. Teniendo en cuenta *esa* forma que la política ha adoptado en Chile, propondré un rol para las cortes. Las cortes, sostendré, deben concentrarse en hacer efectivo el derecho a participar antes que en definir el contenido sustantivo de los derechos. De esta forma, el trabajo de las cortes será consistente con el rol que se espera de ellas en una democracia,² según argumentaré, y respetuoso de las promesas de autogobierno, según las describe el constitucionalismo popular—al que le repugna la idea de tener (a los) jueces como interpretes finales de la Constitución.

Para ello, entonces, (2) comenzaré esbozando las bases teóricas de mi posición. Brevemente exploraré el rol de las cortes como interpretes finales de la Constitución y como ese papel, que varias cortes y tribunales constitucionales han jugado y juegan

• Una versión preliminar de este trabajo fue presentada en el III Congreso Estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional, Universidad de Chile.

* Licenciado en Cs. Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales (2002); LL.M. Columbia University (2007). Profesor de Derecho e investigador, Universidad Diego Portales (domingo.lovera@udp.cl).

1. Enfatizo, acá, la idea de clases dominantes acomodadas en el poder político. La razón para ello, descansa en que la búsqueda de esos consensos extendidos es una fórmula que apunta más a la exclusión de las minorías que a la construcción de una suerte de razón pública. JOHN RAWLS, *LIBERALISMO POLÍTICO* 208-9 (1995).

2. O mejor dicho—y sobre este punto vuelvo en seguida—sobre el rol que se espera el Parlamento cumpla en una democracia. Demás está decir que acá sostengo una concepción de democracia que asigna un rol primordial al Congreso. No es que se trate de *una particular* definición de democracia; pero algunas ideas en este sentido aparecerán a lo largo de este trabajo. Ronald Dworkin ha llamado al atención sobre cómo los argumentos y discusiones en torno al concepto (y las concepciones) de democracia son decisiones de valor—es decir, algo más que una pura descripción con la que, generalmente, queremos evadir el peso moral de nuestras decisiones. Acá no pretendo arrancar de esa ‘carga.’ RONALD DWORGIN, *JUSTICE IN ROBES* 147-8 (2006).

en diferentes países, pugna con los ideales democráticos. La sección siguiente (3) está destinada a analizar algunas notas distintivas relativas al ‘derecho a participar,’ mientras que en la parte 4 analizo, brevemente, algunas notas distintivas de la historia constitucional chilena. Me interesa destacar, especialmente, que en Chile los cambios constitucionales han sido impulsados, definidos e implementados con escasa participación popular—a pesar del discurso que suele rodear dichas situaciones. La sección 5 avanza algunas ideas relativas a la democracia de los acuerdos en Chile. La política, en ese contexto, no es más el juego del amigo/enemigo,³ sino que el juego de los acuerdos y la no confrontación. En ese contexto algunos sectores de la comunidad inevitablemente, pero la más de las veces, deliberadamente, serán excluidos del ‘juego político.’ Aquellos excluidos del ‘juego político’—sostengo en la sección 6—se encuentran legitimados para exigir a las cortes la realización de su derecho a participar—el ‘derecho de los derechos.’⁴ Como las cortes no deciden en medio de la nada, y lo hacen en democracia, en esa misma sección propondré una forma de compatibilizar su funcionamiento dentro de ésta. Voy a sugerir que los tribunales constitucionales deben resolver los conflictos constitucionales a través del cristal de la participación, mostrando algunos ejemplos que dotan de plausibilidad a esta teoría. Reservo algunas conclusiones para el final—donde insistiré que mi tesis no descansa tanto en el trabajo de las cortes, sino en la habilidad (y apertura) del sistema político para recibir los reclamos populares.

2. Constituciones: ¿a quién pertenecen finalmente?

El Tribunal Constitucional chileno posee nuevas atribuciones desde las reformas constitucionales de 2005. Desde entonces concentra, para decirlo de alguna forma, el monopolio en el control de constitucionalidad de las leyes.⁵ En el contexto de control de constitucionalidad de las leyes, el derecho comparado—pero particularmente los Estados Unidos—nos enseña que las cortes supremas y tribunales constitucionales han encontrado escasa resistencia al momento de autodeterminarse como los intérpretes finales de la Constitución.⁶ En Chile, esta es una idea que recién comienza a tomar fuerza en nuestro

3. CARL SCHMITT, *THE CONCEPT OF THE POLITICAL* (George Schwab trans., The University of Chicago Press 1996) (1932). See also CHANTAL MOUFFE, *ON THE POLITICAL* (2005) (labeling political relations as we/they, instead of friend/enemy, arguing for an ‘agonistic’ concept of politics, instead of an antagonistic one—as the German did).

4. JEREMY WALDRON, *LAW AND DISAGREEMENT* 232 (1999).

5. Este sistema, antes de las reformas, se encontraba alojado en varios órganos. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ejercía el control abstracto y preventivo de las leyes (en estricto rigor, de los proyectos de ley), mientras la Corte Suprema, vía recurso de inaplicabilidad, lo hacía represivamente y en concreto. Ello llevó a algunos autores a describirlo como un sistema mixto o “difuso funcionalmente.” Gastón Gómez, *Algunas Ideas Críticas sobre la jurisdicción constitucional en Chile*, en 1 *IUS ET PRAXIS* 273 (1998).

6. Roberto Gargarella, *Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?*, in *DELIBERATIVE DEMOCRACY AND ITS DISCONTENTS* 233 (Samantha Besson & Jose Luis Marti eds., 2006) (labeling this tendency as ‘judicial supremacy’); Robert C. Post & Reva B. Siegel, *Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power*, 78 *IND. L. J.* 1, 2 (2003), for a critic approach on the idea of a ‘juricentric Constitution,’ as imaging the judiciary as the exclusive guardian of the Constitution.

Tribunal Constitucional.⁷ El Tribunal, haciendo eco del rol ‘juricentrico’ que ocupan las cortes en otros países, ha declarado que “se ha encomendado [a éste] la interpretación definitiva e inapelable de la Constitución”⁸ y que le corresponde reemplazar la voluntad del legislador.⁹ En otras palabras, el Tribunal Constitucional ha declarado que es él quien, sin ulterior recurso a cualesquier otra instancia, interpreta la Constitución. El Tribunal Constitucional afirma que la Constitución le pertenece, en tanto es él—y nadie más—quien va a enseñarnos a leer la Constitución—como si ésta fuera una piedra rosetta y los jueces que componen el Tribunal, los Champollion que van a descifrarla.¹⁰

Es esta forma en que el Tribunal ha entendido su papel, y el de la Constitución, el que debe generar preocupación cuando pensamos en la democracia como el gobierno del pueblo. Porque—como ha señalado Atria—si bien es cierto que la actual Constitución carece de legitimidad política en su génesis, la comunidad política chilena podría tener legítimas expectativas para apropiársela—dotándola de una legitimidad sobrevenida.¹¹ La aprobación de la Constitución de 1980, las reformas de 1989, y las más recientes modificaciones de 2005 fueron acompañadas de grandilocuentes declaraciones en las que se señalaba que el pueblo chileno se había otorgado una nueva carta constitucional. Independientemente de las palabras exactas que se utilizaron, en todas esas ocasiones—y con especial porfía en 2005—se dijo que los chilenos habían decidido tener y (auto) entregarse una (nueva) Constitución.

Este tipo de declaraciones no yerra al intentar asignar a la Constitución un rol fundamental para la comunidad. La teoría democrática, política y constitucional asigna al pueblo un rol fundamental: el de ser depositarios de la soberanía.¹² El mismo poder

7. En adelante voy a referirme indistintamente a cortes, tribunales y tribunales constitucionales. Lo importante es que me refiero al rol de tribunales (cualquiera que éste sea) con facultades para declarar la nulidad de leyes que pugnen con la Constitución.

8. STC Rol No 591, 11 de enero de 2007 (considerando 3º) (pronunciándose—una vez más—sobre la anticoncepción de emergencia).

9. Id., considerando 9º (“... el Tribunal sustituye la voluntad de los sujetos involucrados en el conflicto, haciendo prevalecer su voluntad por sobre la del órgano controlado. En otros términos, el Tribunal Constitucional sustituye la voluntad de los parlamentarios o la del Presidente de la República”). La Referencia aparece, también, en Fernando Atria, *Participación y alienación política en Chile*, 57 REVISTA MENSAJE 8, 9 (2008).

10. Debo esta idea a Fernando Zárata.

11. Atria sugiere que eso es lo que ocurrió con las reformas constitucionales de 1925. “Las condiciones de aprobación de la Constitución de 1925 no fueron muy distintas [a las de 1980] ... Pero en nuestra autocomprensión histórica (es decir, en la manera en la que nos representamos nuestro pasado como comunidad política), ella sí fue democrática: a pesar de su propio pecado de origen, es hoy recordada como una norma que en su momento fue ‘nuestra.’” Atria, *supra* nota 9.

12. Podríamos decir que, carente la Constitución chilena de un preámbulo, es el Capítulo I el que fija los principios sobre los cuales debería interpretarse (y cimentarse) el andamiaje jurídico-constitucional chileno. Dentro de ese capítulo el artículo 5º de la Constitución señala, por ejemplo, que “[l]a soberanía reside esencialmente en la Nación. [y que] Su ejercicio se realiza por el pueblo” En otros ejemplos la Constitución argentina de 1994 comienza señalando “Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina ...”, mientras la Constitución suiza, luego de señalar que la Constitución se pronuncia en nombre de Dios todopoderoso, indica “El pueblo y los cantones suizos ...”

estatal, de hecho, se justifica sobre la base de la autorización del pueblo.¹³ Quienes ejercen cargos de poder, quienes ejercen soberanía—para decirlo con el artículo 5º de la Constitución de Chile—lo hacen bajo mandato.¹⁴ Las “autoridades que esta Constitución establece,” por lo mismo, son titulares de ese poder en tanto se mantenga nuestra confianza en ellos y ellas, y solo pueden ejercerlo para alcanzar ciertos objetivos. Su poder es, así definido, ‘fiduciario.’¹⁵ Por lo mismo es que, siendo el pueblo quien atribuye ese poder, las autoridades ejercen cargos de poder bajo nuestras órdenes: se transforman en nuestros ‘mandatarios políticos.’¹⁶ Ese mandato político fija, entonces, las reglas del juego para nuestros representantes. En caso que ese mandato no se respete, el pueblo vuelve a estar facultado para volver a configurar las formas del poder—para reemplazar al gobierno rebelde.¹⁷

13. Lo que se ha extendido al derecho internacional. Thomas M. Franck, *Legitimacy and the Democratic Entitlement*, en *DEMOCRATIC GOVERNANCE AND INTERNATIONAL LAW* 25, 26-7 (Gregory H. Fox & Brad R. Roth eds., 2000).

14. Estas líneas están destinadas a llamar la atención sobre quién es la fuente del poder soberano (el pueblo). La específica relación ciudadano / representante, en tanto mandatario político, dependerá de la teoría de representación que se sostenga. Como Nadia Urbinati ha señalado, hay una amplia gama de posibilidades que va desde las teorías que conciben a los representantes como simples portadores (*carriers*) de los deseos de los ciudadanos—el caso de Benjamín Constant—a las que afirman que los ciudadanos cumplen solo un rol limitado que juegan al autorizar a sus representantes por medio de las elecciones—el caso de Hobbes—para luego retirarse a los asuntos privados. NADIA URBINATI, *REPRESENTATIVE DEMOCRACY* (2006).

15. JOHN LOCKE, *TWO TREATISES OF GOVERNMENT* 367 (Peter Laslett ed., Cambridge University Press 1988) (1698).

16. Como lo advirtiera la entonces Presidenta Bachelet, al ser electa Presidenta de la República. Michelle Bachelet, Primer discurso de Michelle Bachelet – presidenta electa (19 Ene., 2006) (disponible en: <http://anrasodu.blogspot.com/2006/01/primer-discurso-de-michelle-bachelet.html>) (visitado el 25 de julio de 2010) (“Porque, mis queridos conciudadanos, en la democracia que hemos construido ustedes son los mandantes. Y yo, desde el 11 de marzo, soy su mandataria. Su primera mandataria.”).

17. Véase, por ejemplo, al artículo 350 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que dispone que “el pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos.” Independiente de la denominación que el soberano reciba, sea la de nación, sea la de pueblo, sea la de ciudadanía, lo que me interesa remarcar acá es que el pueblo, efectivamente, se moviliza en ciertas ocasiones a objeto de hacer efectiva la condición bajo la cual pende el poder en manos de nuestras autoridades: la de respetar los objetivos del gobierno, y la de mantener la confianza del pueblo en ellos y ellas. Varias consideraciones importantes en este sentido, y a propósito de los movimientos sociales en la Argentina entre 2001y 2002, en ROBERTO GARGARELLA, *EL DERECHO A LA PROTESTA: EL PRIMER DERECHO* (2005); para el caso chileno y el movimiento de protesta mapuche, Jorge Contesse, *The Rebel Democracy: A Look Into the Relationship Between the Mapuche People and the Chilean State*, 23 *CHICANO-LATINO L. REV.* 131 (2006); y para el caso de los Estados Unidos, LARRY D. KRAMER, *THE PEOPLE THEMSELVES* 6-7 (2004) (citando a St. George Tucker Kramer sostiene la origen único de la Constitución de los Estados Unidos por medio de una práctica que, antes, se suponía existía solo en las especulaciones y visiones de teóricos de la política y el derecho); JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST* 5 (2002) (remarcando la forma en que la Constitución de los Estados Unidos fue ratificada: por medio de convenciones populares de ratificación que eran elegidas en cada estado por el pueblo mismo); y su propia Declaración de Independencia, que señala “. . . cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios [que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad], el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios” (E.E.U.U. 1776) (versión en español disponible en: http://usinfo.state.gov/esp/home/topics/us_society_values/fundamental_documents/declaration_of_indep.html).

Las buenas razones que atribuyen al pueblo un papel protagónico en esos momentos de definición constitucional,¹⁸ con todo, no se agotan en ese sólo acto. La pregunta fundamental que sigue a la de la definición constitucional, entonces, es la relativa al desarrollo de las constituciones—pregunta que adquiere especial relevancia, se comprenderá, cuando su instauración no ha sido fruto de la voluntad de la unidad política. Si el pueblo ocupa un papel fundamental en la decisión constitucional, ¿qué papel le cabe en el desarrollo de la misma? De acuerdo a Schmitt, la Constitución vale, precisamente, porque es “manifestación de la voluntad política existencial de aquel que la da.”¹⁹ En la interpretación más democrática del ‘contrato social,’ sugiero que el auto-gobierno puede desarrollarse únicamente a través de una versión robusta del derecho a participar, mismo que se transforma en piedra de toque de la legitimidad del gobierno—y no concesiones graciosas del Estado a sus súbditos.²⁰ Dicho de otra forma, el derecho al auto-gobierno y a la participación política son de esos principios sobre los cuales se construye la idea de democracia, que nos permite entenderla y nos ayuda a comprender por qué nos importa cómo ésta se configura.²¹

3. Democracia y participación

La Constitución en tanto mandato, entonces, crea y fija una estructura de poder. Las autoridades que ella establece, nos recuerda el artículo 5º de la Constitución chilena, ejercen soberanía. Pero no en forma discrecional. Sabemos—haciendo eco de las ideas de Madison—que los hombres y mujeres somos gobernados por (otros) hombres y mujeres, “no por ángeles.”²² Y por ello creamos, junto con esa tremenda red y estructura de poder, límites. Así, por ejemplo, el principio de separación de poderes, sin el cual pocas democracias podrían jactarse de ser tales, forma parte fundamental del andamiaje de poder—y de nuevo, de sus límites.²³

Sobre lo que me interesa llamar la atención acá, es sobre el rol que cabe a (y han jugado) las cortes en ese esquema de poder y límites. Porque por medio de la Constitución,

18. BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS* 6 (1991).

19. CARL SCHMITT, *TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN* 25 (Francisco Ayala trad., Madrid: Revista de Derecho Privado 1934) (1927).

20. Insisto en la interpretación más democrática del ‘contrato social.’ Montesquieu, por ejemplo, sostenía que el pueblo no se encontraba preparado para gobernar ni para entregar órdenes a sus representantes. CHARLES DE MONTESQUIEU, *THE SPIRIT OF THE LAWS* 159 (Anne M. Cohler et al. trans. & eds., Cambridge Univ. Press 2006 12th prin.) (1748) (argumentando que el pueblo debería tener un rol limitado a elegir a sus representantes y a dar solo órdenes generales).

21. Jeremy Waldron, *Legislating with Integrity*, 72 *FORDHAM L. REV.* 373, 376 (2003-2004) (argumentando que el proceso legislativo y democrático, como cualquier otro proceso político, debe entenderse con referencia a reglas secundarias que lo constituyen y regulan, y con referencia a principios mucho más profundos que permiten entender por qué ese proceso, en particular, nos importa) y en sentido similar Luigi Ferrajoli, *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*, en *NEOCONSTITUCIONALISMO(S)* 14 n.2 (Miguel Carbonell ed., 2ª ed. 2005).

22. El *FEDERALISTA* No 51, p. 220 (James Madison) (Fondo de Cultura Económica, 2001 2 ed.) (“Si los hombres fuesen ángeles, el gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernaran a los hombres, saldrían sobrando lo mismo las contralorías externas que las internas del gobierno”).

23. El artículo 7º

el mandato, no solo fijamos límites. Además nos reservamos varios derechos. Y con ello quiero referirme, no al catálogo de derechos constitucionales que, en el caso chileno, encontramos en el Capítulo III de la Constitución. Sino que, cosa distinta, me refiero a los derechos estructurales sobre los cuales se configura una democracia:²⁴ el derecho al auto-gobierno—ese compromiso de la democracia—y el ‘derecho a participar.’²⁵ En el contexto de democracias republicanas²⁶ el derecho a participar es (bastante) más que solo votar.²⁷ Es el derecho a intervenir y criticar la forma en que el gobierno se comporta. No basta con que exista un elemento popular en el gobierno; sino que ese elemento popular debe tener un rol crucial y decisivo.²⁸ Solo con una política inclusiva, en la que como pueblo somos invitados a tomar parte (decisiva) de ella, nos auto-gobernamos. Por medio de la participación compartimos, como colectividad, el poder de hacer que las cosas cambien,²⁹ y solo ahí—y así—somos nuestros propios dueños.³⁰ Para decirlo con Waldron, mientras ese elemento de participación popular se encuentre ausente, todos quienes son obligados por las leyes, es decir, todos los miembros de una comunidad, poseerán legítimas razones para considerar esas decisiones como fuerzas externas de cualquier tipo.³¹ Pero jamás como sus propias decisiones—la promesa del auto-gobierno.

En este mismo sentido la reglamentación internacional es clarificadora. Y no por el hecho de tratarse de normas internacionales a las que debemos un respeto irreflexivo; sino por los principios que tras ellas se alojan y las motivan: una suerte de acervo de respuestas comunes para asuntos (problemas, debates) comunes.³² Es decir, los principios que todos los estados endosan a efecto de entender, a su turno, cómo ellos mismos comprenden el derecho internacional que (internacionalmente) se positiviza. Así, es preciso mirar a la ‘Carta Democrática Interamericana’³³ que señala, por ejemplo, que si bien “[e]l ejercicio efectivo de la democracia representativa es la

24. SUSAN MARKS, *THE RIDDLE OF ALL CONSTITUTIONS: INTERNATIONAL LAW, DEMOCRACY, AND THE CRITIQUE OF IDEOLOGY* 2 (2000) (advirtiendo sobre el hecho de que el concepto de democracia no se agota concediendo el poder por medio de elecciones competitivas populares, y asegurando un catálogo de derechos; se requiere algo más, auto-gobierno e igualdad política en la participación); Waldron, *supra* nota 21.

25. WALDRON, *supra* nota 4, p. 232 (señalando que, en democracia, el derecho a participar se transforma en un derecho estructural, el ‘derecho de los derechos’).

26. Y el artículo 4º señala que Chile es una de ellas.

27. URBINATI, *supra* nota 14, pp. 21-2, 23-37 (analizando tres modelos de representación; el jurídico, el institucional; y el político).

28. WALDRON, *supra* nota 4, p. 235.

29. *Id.* p. 236. Sin perjuicio de las ventajas epistémicas que esta mayor inclusión pueda traer aparejada. Gargarella, *supra* nota 6, p. 240-1 (recordando las ideas de Nino, Gargarella señala que, mientras menor sea el ámbito de participación cívica, menores serán las razones para considerar imparcial el resultado de ese proceso deliberativo).

30. Isaiah Berlin, *Two Concepts of Liberty*, en ISAIAH BERLIN, *LIBERTY* (Henry Hardy ed., 2001) 166, 178.

31. WALDRON, *supra* nota 4, p. 238.

32. Jeremy Waldron, *Foreign Law and the Modern *Ius Gentium**, 119 *HARVARD LAW REVIEW* 129, 133 (2005).

33. Carta Democrática Interamericana, 11 Sep., 2001 (disponible en: http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm).

base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos,” ésta “... se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía ...”³⁴ En otras palabras no basta solo con la representación, sino que ella debe ir acompañada de participación. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por su parte, señala, en su artículo 25º, que todos los ciudadanos gozarán sin discriminación del derecho a “[p]articipar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.”³⁵ Más claro aún, en el sentido que vengo acá señalando, es la interpretación que el Comité de Derechos Humanos realiza sobre dicho precepto. El Comité señaló, entre otras cosas, que el derecho a participar se encuentra en el centro del gobierno democrático basado en el consentimiento del pueblo.³⁶ Desde luego no se trata de un derecho que admite una única interpretación. Es más, se trata de un derecho de implementación progresiva que, pese a las declaraciones del Gobierno de Chile,³⁷ parece tenernos sin cuidado.

4. La Constitución técnica: tierra de abogados en una sociedad sin participación

Mientras la sección anterior advierte sobre la relevancia de la participación política en la definición de la legitimidad de nuestras instituciones, la que sigue intenta describir el fenómeno social de la exclusión del pueblo y la mayor parte de la ciudadanía de los procesos de configuración constitucional chilena.³⁸ La historia de Chile evidencia un curioso ciclo—que se repite con la porfía propia de un amanecer—que arranca en la definición constitucional del pueblo; que gatilla el malestar de las clases acomodadas, conservadoras y (a veces) liberales; y que finaliza con intervenciones militares. Ésas intervenciones, manifestadas en forma de juntas de gobierno, *toman sobre sus hombros el peso* de defender la estabilidad

34. Artículo 2º. El artículo 6º, por su parte, dispone que “[l]a participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia.”

35. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 23 Mar., 1976, artículo 25º.

36. Human Rights Committee, *General Comment No. 25: The right to participate in public affairs, voting rights and the right of equal access to public service* (Art. 25), 57th sesión, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, 12 Jul., 1996, (disponible en <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/d0b7f023e8d6d9898025651e004bc0eb?Opendocument>).

37. Chile, Misión Permanente de Chile ante la OEA, en CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA: DOCUMENTOS E INTERPRETACIONES 272 (“Se trata de una declaración que consagra el derecho de los ciudadanos a vivir en un sistema político específico e impone a la autoridad la obligación de mantener vigente ese sistema y garantizar su perfeccionamiento.”) (el destacado es mío) (disponible en: http://www.oas.org/OASpage/esp/Publicaciones/CartaDemocratica_spa.pdf).

38. La necesidad de esta breve sección, como ha sugerido Salazar, se debe a al hecho que “[n]o se puede definir ‘lo político’ por reducción a un concepto abstracto, unívoco y a-histórico, o a un ámbito de acción social deficado, juridizado, homogeneizado y autocontenido que solo se torna visible en eventos o acontecimientos funcionales de mera ‘actualidad.’” GABRIEL SALAZAR, DEL PODER CONSTITUYENTE DE ASALARIADOS E INTELECTUALES (CHILE, SIGLOS XX Y XXI) 5 (2009).

en entredicho, para terminar imponiendo un modelo constitucional.³⁹ Dichas intervenciones militares y aristocráticas van de la mano con la convicción que el rol del pueblo consiste en elegir a sus representantes—cuando las restricciones censatarias lo han permitido—y retirarse para ser gobernados.⁴⁰

La independencia de Chile, misma que se juega entre 1810 y 1818, comienza su historia constitucional con una serie de reglamentos dictados sin participación popular y en contexto de alta inestabilidad social, cuestión que sienta las bases para definir uno de los debates de mayor relevancia en la formación institucional y constitucional de la nueva república: centralismo vs. federalismo. De acuerdo a Salazar, durante 1810 y 1870, la sociedad chilena evidencia una distribución a lo largo de su territorio que se manifiesta en formas de participación política: los cabildos. A través de ellos, los pueblos permitían a los vecinos tomar parte de una actividad común (el autogobierno local).⁴¹

39. Utilizo la expresión “*toman sobre sus hombros el peso*” de forma deliberada, en el contexto de una comunidad política donde no escasean las justificaciones a las intervenciones militares. A propósito del golpe de Estado de 1973, se ha dicho que los militares fueron empujados a intervenir: “La Democracia ... se Perdió entre todos,” afirma Cheyre, para luego insistir que “tanto la oposición como el Gobierno [de Allende] propiciaron que las FF.AA. fueran las garantes de la vida pública y quienes dirimieran los conflictos que la política no solucionaba.” No es que los militares hayan querido hacerse con el poder, sino que fueron las circunstancias las que los arrojaron a ese desafío. Concluye con una genial tesis: “Un Ejército que llega al poder por esas circunstancias estará siempre más dispuesto a retomar sus tareas en la etapa de normalidad y alejarse, sin mayores nostalgias, de las tareas que realizó en una etapa de excepcionalidad.” Juan Cheyre, *Consolidación de la democracia en Chile: papel del factor militar*, 20 QUÓRUM 49, 52-3 (2008). Las breves notas que siguen en esta sección buscan mostrar que el análisis de Cheyre carece de ubicuidad histórica, misma que no le permite comprender el proceso de intervención militar del 73.

40. Similares excesos de democracia se alegaron en los Estados Unidos, en la víspera de las elecciones presidenciales de 1800, cuestión que marcaría la suerte del pueblo en tanto actor (de la lectura) constitucional. Sin llegar a poner en duda el sistema de revisión judicial de las leyes—misma que, se ha sugerido, se mantiene desde los tiempos de la colonia—el debate entre federalistas y republicanos se centró, principalmente, respecto al rol que cabía al pueblo en la política y sobre quién puede interpretar autoritativamente la Constitución. Los Republicanos, con Madison y Jefferson en sus filas, sostenían un rol primordial para el pueblo, negando a las cortes el rol de intérpretes finales de la Constitución. Los Federalistas, en cambio, con Hamilton como figura, siempre patrocinaron un rol fundamental para las cortes como intérpretes finales de la Constitución—con un rol muy reducido para el pueblo en sus intervenciones políticas. Así, el debate en torno a la lectura final de la Constitución, iba muy de la mano con el papel que el pueblo le correspondía, finalmente, en la vida política. LARRY D. KRAMER, *THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW* 128-37, 162-66 (2004). Junto con el rol contenido que se asignaba al pueblo en tanto agente político, los debates impactan, desde luego, en la ‘profesionalización’ de la lectura del derecho. El razonamiento es sencillo. Las leyes son interpretadas por expertos profesionales: los abogados. La Constitución es un tipo de ley—aun cuando la ley superior—y por lo mismo puede ser entendida solo en tanto se goce de las capacidades y técnicas de esos funcionarios capacitados en la comprensión de las leyes: los abogados. La Constitución se transforma, así, en tierra de abogados y no del pueblo. La relevancia de la historia norteamericana no se sostiene por su propio peso, sino por la similitud con procesos acaecidos en América Latina. Similares procesos se han descrito para el caso. Roberto Gargarella ha analizado el impacto de estos cambios en la discusión en América Latina, donde las constituciones se redactaron incorporando diferentes medidas que entregan la última palabra en materia de interpretación constitucional a la rama menos democrática del gobierno, el poder judicial. Además, las mismas se organizaron en torno a mecanismos contramayoritarios que buscaron reemplazar, antes que refinar o descubrir, la voluntad del pueblo. Roberto Gargarella, *The Constitution of Inequality. Constitutionalism in the Americas, 1776-1860*, 3 INT’L J. CONST. L. 1 (2005).

41. SALAZAR, DEL PODER CONSTITUYENTE, *supra* nota 38, pp. 8-9.

El centralismo de Santiago y sus élites, sin embargo, conspira contra un esfuerzo de mayor inclusión y termina reemplazando el papel medular de la Corona española por una suerte de sistema colonial criollo.⁴² En ese proceso, hay un actor político claro: los militares. Como ha señalado Verónica Valdivia, “las fuerzas armadas fueron los actores más importantes en la construcción del naciente Estado chileno, catapultados al estrellato desde 1810.”⁴³

El General Carrera, en 1811, se coloca al mando de la nación y termina disolviendo el Congreso a poco andar, para dar paso a una Junta de Gobierno. Dicha Junta dicta un nuevo reglamento constitucional en 1812, mismo que—en palabras de Roldán—establecía en Chile una monarquía constitucional.⁴⁴ Para mala fortuna de Carrera, debía combinar sus esfuerzos de construcción de Estado con los embates españoles dispuestos a recuperar la colonia, cuestión que ocurre en 1814—poco tiempo después de haberse puesto al mando de una nueva Junta.⁴⁵ El año 1818 marca el comienzo definitivo de la independencia de Chile, y el inicio de una nueva etapa de reglamentos constitucionales autoritarios, centralistas y desarrollados por militares.⁴⁶ Todo lo anterior, en un contexto social convulsionado e indisciplinado, cuestión que favoreció la aceptación de los enormes poderes que se colocaban en manos del Director Supremo.⁴⁷ Excusa perfecta para que O’Higgins decidiera encomendar la elaboración del texto constitucional de 1818 en manos privadas, pues “no era partidario de la elección de un Congreso, porque pensaba que una asamblea elejida en aquellas circunstancias podría debilitar la acción del gobierno”⁴⁸

Según Roldán, la ciudadanía comenzó a cuestionar los poderes del director Supremo, pues el régimen del militar—que había comenzado como provisorio—parecía no tener un cercano fin. La opinión pública, afirma el mismo autor, comenzaba a impacientarse por la implementación de sistema representativo. Frente al clamor popular, O’Higgins disuelve el Senado y elige una convención que aprueba un nuevo texto constitucional, en 1822.⁴⁹ Para ese entonces, los pueblos de las provincias estaban dispuestos a construir el Estado nacional desde los pueblos—volviendo a surgir la disputa entre federalistas y unionistas—conspirando a la caída del Director Supremo en 1822.

42. RENATO CRISTI Y PABLO RUIZ-TAGLE, *LA REPÚBLICA EN CHILE: TEORÍA Y PRÁCTICA DEL CONSTITUCIONALISMO REPUBLICANO* 86 (2006).

43. Verónica Valdivia, *Estabilidad y constitucionalismo: las sombras de la excepcionalidad chilena*, en *EN EL NOMBRE DEL PUEBLO: DEBATE SOBRE EL CAMBIO CONSTITUCIONAL EN CHILE* (Claudio Fuentes ed.) 131, 132 (2010).

44. ALCIBIADES ROLDÁN, *ELEMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE CHILE* 74 (1913).

45. Roldán insinúa que tanto la inestabilidad interna como los peligros externos, conspiran en la configuración de reglamentos tendientes a concentrar el poder en unas solas manos. *Id.*, pp. 76-7

46. Cristi y Ruiz-Tagle afirman que el lenguaje republicano se utiliza únicamente a efectos de “validar la dictadura militar de O’Higgins.” CRISTI Y RUIZ-TAGLE, *LA REPÚBLICA EN CHILE*, *supra* nota 42, p. 86.

47. VALDIVIA, *ESTABILIDAD Y CONSTITUCIONALISMO*, *supra* nota 43, p. 135.

48. ROLDÁN, *ELEMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL*, *supra* nota 44, p. 80.

49. *Id.*, p. 82.

La carta de 1823, sin embargo, barre con sus aspiraciones. Surgida de la rebelión de los pueblos y discutida por una asamblea popular con delegados de todas las provincias⁵⁰—convocada por otro general, Freire—la Constitución de 1823 viene a intentar imponer un modelo de virtud imbuido fuertemente de ideas ilustradas, conservadoras, centralistas, y aristocráticas.⁵¹ Fuertemente resistida, y anclada en la ignorancia del pueblo, hizo aún más evidente el conflicto entre federalistas y unitarios.⁵²

Dicho conflicto causa el surgimiento de asambleas provinciales destinadas a decidir, por sí, si optaban la forma federal o unitaria.⁵³ Como indica Salazar, el conflicto se decide democráticamente—como pocas veces—a favor de los pueblos en la Constitución de 1828.⁵⁴ Unitaria y liberal en sus ideas matrices, se inspiraba en las formas republicanas, representativas y populares de gobierno.⁵⁵ Establecía una fuerte separación de poderes, en líneas con propuestas más radicales, y disponía que tanto gobierno como administración locales de ejercerían por asambleas provinciales y el intendente—ambas instancias elegidas directamente por la ciudadanía.⁵⁶

Una nueva intervención militar, amparando a grupos clericales, comerciantes (‘los estanqueros’)⁵⁷ y de propietarios, termina con la empresa liberal en 1831.⁵⁸ En palabras de Salazar, el “patriarcado mercantil de Santiago,” con la ayuda de un ejército privado, “impone[] a los restantes 49 pueblos el estado mercantil, centralizado y autoritario de 1833.” En rigor, al golpe siguieron las intenciones (al menos declaradas) de respetar los procedimientos de reformas constitucionales de la carta de 1828, los que mandaban la conformación de una Gran convención en 1836. La asamblea se formó en 1833 y, siguiendo los lineamientos teóricos del “grupo burgués tradicionalista que requería una organización política que permitiera asegurar el orden,”⁵⁹ propuso un proyecto que no fue del gusto de Mariano Egaña, hombre de gran influencia en el círculo ‘estancero.’

La Constitución de 1833 termina recogiendo los consejos de lo que se conoció como el ‘voto particular’ de Egaña. Huneus esgrime las justificaciones sin tapujos: “[I]a gran masa

50. CRISTI Y RUIZ-TAGLE, LA REPÚBLICA EN CHILE, *supra* nota 42, p. 87.

51. *Id.*, p. 87.

52. ROLDÁN, ELEMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL, *supra* nota 44, pp. 90-1.

53. *Id.*, p. 93.

54. SALAZAR, DEL PODER CONSTITUYENTE, *supra* nota 38, p. 10.

55. ROLDÁN, ELEMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL, *supra* nota 44, p. 94.

56. *Id.*, p. 96.

57. Y a la cabeza de este grupo, Diego Portales. Habiendo sido despojado del monopolio sobre el tabaco en 1826—Lastarria afirma que sólo beneficios personales a las familias Portales y Cea había traído la decisión—Portales inicia causa común con el bando *pelucón* (conservador) y contra el gobierno liberal, “por sus principios e intereses personales, y porque su misión no tenía otro fin que derrocar a la administración que les había arrancado el monopolio del estanco.” José Victorino Lastarria, *Don Diego Portales, Juicio Histórico*, en PORTALES: JUICIO HISTÓRICO 11, 18 (Editorial del Pacífico 1973) (1861).

58. JULIO FAUNDEZ, DEMOCRATIZATION, DEVELOPMENT, AND LEGALITY: CHILE 1831-1973 17 (2007).

59. CRISTI Y RUIZ-TAGLE, LA REPÚBLICA EN CHILE, *supra* nota 42, p. 94.

de nuestro pueblo era en 1833 completamente inculta.”⁶⁰ Egaña traduce dicha preocupación en esquema constitucional. Estructurando un régimen elitista, Egaña configura un esquema de participación político para propietarios, comerciantes y profesionales. Para ello se vale del concepto de representación, entendido, éste, como una forma de lograr colocar las cabezas “de mayores luces” al mando del Estado.⁶¹

La Constitución de 1833, con Egaña de actor principal y Portales en las sombras,⁶² provoca un giro definitivo en la historia constitucional chilena. En este momento es donde la ecuación entre estabilidad y legitimidad, se inclina fuerte y definitivamente a favor de la primera.⁶³ El modelo, desde entonces, es el del gobierno impersonal, central y autoritario.⁶⁴ Lastarria advierte, en 1861, sobre las amenazas que ese orden traería al futuro:

*“No importa que el sistema exclusivo y restrictivo de Portales sea alguna vez relajado por sus sucesores, en gracia de la concordia o de la necesidad de dar una tregua a la lucha. El sistema hará siempre el fondo de la reacción y reaparecerá con mayor empuje, cuando ésta se halle en peligro de perder su dominación, a causa de la naturala spiración de la sociedad a cimentar sus relaciones en el derecho y la libertad.”*⁶⁵

A juzgar por la historia tras las constituciones de 1925 y 1980, estaba absolutamente en lo cierto. Fuera de su origen ilegítimo, la Constitución de 1833 fue flexibilizándose y abriéndose a las demandas planteadas por los nuevos actores sociales. Hacia 1860 las clases emergentes (burguesas), ancladas en los buenos resultados de la explotación minera y salitrera, lograban ingresar al ruedo partidista⁶⁶ y aceptaban la vigencia de la Constitución.⁶⁷ Los partidos políticos, con todo, no agotaban el espectro de la población, misma que siguió insistiendo en reivindicaciones obreras.

La respuesta a dichas demandas fue la represión⁶⁸ y la no inclusión social.⁶⁹ Alessandri, en cambio, prefiere intentar acomodar la legislación a las nuevas peticiones y se encarga de

60. ANTONIO HUNEUS GANA, LA CONSTITUCIÓN DE 1833: ENSAYO SOBRE NUESTRA HISTORIA CONSTITUCIONAL DE UN SIGLO 1810-1910 116 (1933).

61. ENRIQUE BRAHM, MARIANO EGAÑA: DERECHO Y POLÍTICA EN LA FUNDACIÓN DE LA REPÚBLICA CONSERVADORA 119-23 (2007).

62. CRISTI Y RUIZ-TAGLE, LA REPÚBLICA EN CHILE, *supra* nota 42, p. 96.

63. GABRIEL SALAZAR, CONSTRUCCIÓN DE ESTADO EN CHILE: DEMOCRACIA DE LOS ‘PUEBLOS.’ MILITARISMO CIUDADANO. GOLPISMO OLIGÁRQUICO 14-9 (1800-1837).

64. FAUNDEZ, DEMOCRATIZATION, *supra* nota 58, p. 18.

65. Lastarria, *Don Diego Portales*, *supra* nota 57, p. 41.

66. Reformas electorales fortaleciendo derechos de participación política se aprueban hacia 1871 temperando, de alguna forma, los fuertes poderes presidenciales. Esas reformas, con todo, probaron ser más formales que de fondo, no logrando mejorar la calidad de los procesos electorales. FAUNDEZ, DEMOCRATIZATION, *supra* nota 58, pp. 41-3.

67. VALDIVIA, ESTABILIDAD Y CONSTITUCIONALISMO, *supra* nota 43, p. 136.

68. *Id.*, p. 137.

69. FAUNDEZ, DEMOCRATIZATION, *supra* nota 58, p. 55.

enviar proyectos de ley sobre pujantes temas sociales. Como el tema no pudo solucionarse por medio de las vías institucionales, los militares vuelven a intervenir, llamados por el Presidente Alessandri, a efectos de buscar apoyo para las reformas,⁷⁰ y el Presidente termina asilado en la Embajada de los Estados Unidos.

La elaboración del nuevo texto constitucional, el de 1925, sigue un camino no muy lejano al de las anteriores experiencias. Primero, se configura a instancias de los militares.⁷¹ Segundo, vuelve a elaborarse por pluma de unos pocos. En efecto, en 1924 la Junta Militar de 1924 insistió en la necesidad de reformar la Constitución sólo a instancias de una asamblea constituyente.⁷² Pese a que Alessandri consentía en la idea, la Carta fue, finalmente, fruto del trabajo de una pequeña comisión que sería, más tarde, ratificada en un anómalo plebiscito.⁷³ Tercero, consolida —y Lastarria no se equivocaba— un sistema centralista con un presidencial fuerte.⁷⁴ Como se lo recuerda el General Navarrete a los miembros de la subcomisión de reforma—el comité nominado para elaborar la Carta—“el objetivo de la intervención militar de 1924 había sido eliminar las prácticas corruptas del régimen parlamentario, advirtiéndoles que no se aceptaría resultado otro que el restablecimiento del presidencialismo.”⁷⁵

Esa carta, la de 1925, también enfrentó fuertes clamores por ‘acomodarse’ a las nuevas realidades sociales. Desde fines de los años 30, como relata Verónica Valdivia, los gobiernos de centroizquierda comienzan a otorgar al Estado un rol más activo en la regulación de la economía, proceso que culmina con la ‘reforma agraria’ en 1967⁷⁶ y con la elección del Presidente Salvador Allende, en 1970. Esa reforma ponía término a un pacto traslapado entre conservadores y liberales que podía percibirse desde los orígenes de la república. Ambos grupos poseían divergencias en torno al rol de la Iglesia y el Estado y a los niveles de centralismo que debía poseer el Estado, pero no respecto al derecho de propiedad.⁷⁷ La ‘reforma agraria’ pone fin a ese consenso y agrieta las relaciones sociales,⁷⁸ campo fértil para una nueva intervención militar.

70. VALDIVIA, ESTABILIDAD Y CONSTITUCIONALISMO, *supra* nota 43, p. 138.

71. Por ejemplo, Julio Faúndez se refiere a reformas legales y constitucionales desarrolladas bajo el ojo atento de los militares (FAUNDEZ, DEMOCRATIZATION, *supra* nota 58, p. 56). Valdivia, afirma que la Constitución fue aceptada a efectos de evitar que los militares siguieran entrometidos en la vida política (VALDIVIA, ESTABILIDAD Y CONSTITUCIONALISMO, *supra* nota 43, p. 140). Andrade, evidencia el apoyo que el nuevo texto constitucional encontraba en las filas del Ejército. CARLOS ANDRADE, ELEMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL CHILENO 28 (1963).

72. MARIO BERNASCHINA, 2 MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL 17 (1958).

73. *Id.*, pp. 24-5. Ése proceso va de la mano con el creciente rol que adquieren los partidos políticos, quienes—en palabras de Salazar—se vuelven expertos en administrar lo ajeno. En un contexto tal, el sistema electoral no es jamás expresión de la soberanía o la participación popular, sino requisito mínimo para la legitimidad del funcionamiento de los partidos. SALAZAR, DEL PODER CONSTITUYENTE, *supra* nota 38, p. 16.

74. CRISTI Y RUIZ-TAGLE, LA REPÚBLICA EN CHILE, *supra* nota 42, p. 115 (un modelo ‘neo presidencialista’).

75. FAUNDEZ, DEMOCRATIZATION, *supra* nota 58, p. 66.

76. VALDIVIA, ESTABILIDAD Y CONSTITUCIONALISMO, *supra* nota 43, p. 141.

77. *Id.*, p. 136. También en BRAHM, MARIANO EGAÑA, *supra* nota 61, pp. XI-XII.

78. FAUNDEZ, DEMOCRATIZATION, *supra* nota 58, p. 159.

Ella se produce en 1973 con Pinochet a la cabeza. Mientras se desarrolla un régimen de terror y horror, también se impulsaban nuevos esquemas constitucionales. Promulgada bajo la dictadura de Pinochet, la Constitución fue diseñada por una comisión nombrada por la Junta Militar⁷⁹ y revisada, en última instancia, por el mismo Pinochet. Acá no hay participación popular. El poder constituyente se radica (vía decreto) en la misma Junta de Gobierno y el plebiscito—instancia a la que recurren los partidarios de la dictadura para reclamar la legitimidad de la Carta—es completamente irrelevante a los ojos de la propia Junta. Si el poder constituyente se radica en ella, ¿qué necesidad tienen de convocar a un plebiscito? Como afirman Cristi y Ruiz-Tagle, la Junta nunca quiso activar el poder constituyente del pueblo con el plebiscito⁸⁰ y, de hecho, estando radicado en aquélla, lo niega.⁸¹ No quiso pero tampoco podía. Si la legitimidad democrática descansa en principios tácitos y comunes de aceptación, esto es, en el hecho que las personas de nuestra sociedad se comportan de una determinada forma, y creen que es correcto comportarse de *ésa* forma,⁸² entonces la legitimidad nunca arranca de la fuerza.⁸³

Lo anterior explica, en parte, la estructura de la Constitución de 1980. Nótese que, a diferencia de lo que ocurre con otras Constituciones, donde el preámbulo evidencia al sujeto que toma la decisión de entregarse una determinada forma política (*supra* nota 12), la Constitución de 1980 comienza con un elocuente “Visto: lo dispuesto por los DL Nos. 1 y 128, de 1973; 527, de 1974; 3.464 y 3.465, de 1980,” cuestión que manifiesta la forma eminentemente legalista en que se concibe dicha Constitución (identificada como D.L. No 3.464, D. Of. 11.08.1980).⁸⁴

Los cambios posteriores adolecen de similares defectos:⁸⁵ las más de 50 reformas constitucionales aprobadas en septiembre de 2005 no son otra cosa que el resultado de un consenso político, más que como el resultado de un amplio debate nacional.⁸⁶ Son más bien el resultado de un negocio que se cierra, en vez que la manifestación o

79. La denominada ‘Comisión de Estudios para la Nueva Constitución’ (CENC).

80. CRISTI Y RUIZ-TAGLE, *LA REPÚBLICA EN CHILE*, *supra* nota 42, pp. 128-9.

81. SOFÍA CORREA Y PABLO RUIZ-TAGLE, *CIUDADANOS EN DEMOCRACIA: FUNDAMENTOS DEL SISTEMA POLÍTICO CHILENO* 129 (2010). Antes se habían omitido referencias a la soberanía popular, como en la Constitución de 1833. BRAHM, MARIANO EGAÑA, *supra* nota 61, p. 119.

82. JEREMY WALDRON, *THE LAW* 67 (1990).

83. Jean-Jacques Rousseau, *On the Social Contract*, en *THE BASIC POLITICAL WRITINGS* 143 (Donald Cress trad., Hackett 1987) (1762).

84. Esa forma legalista es lo que a juicio de Schmitt disuelve y relativiza la Constitución en un conjunto de leyes constitucionales, que puede modificarse sobre la base de procedimientos—más o menos engorrosos, según sea el caso—pero sobre los cuales puede comenzar a prescindirse de la unidad política del estado. SCHMITT, *supra* nota 19, pp. 13-4.

85. Amaya Alvez, *El Ejercicio del Poder Constituyente y su Legitimación en la Carta de 1980, desde la Perspectiva de la Historia Política Institucional Chilena*, en 212 *REVISTA DE DERECHO* 33, 44-5 (llamando la atención sobre la escasa conexión entre las reformas constitucionales propuestas y la realidad político-social chilena).

86. Y pese a ello, se insistió que con estas reformas los chilenos y chilenas se auto entregaban una nueva Constitución.

expresión de la sociedad, de sus costumbres y sentimientos que en ella dominan.⁸⁷ Son el resultado de maniobras y negociaciones poco transparentes, lejos de ser expresión de un ‘momento constitucional.’⁸⁸ Ésta nueva Carta (?) también evidencia su única fuente de ‘legitimidad’ posible: la legal. El nuevo texto de la Carta Fundamental dispone, de forma preocupantemente similar a la original de 1980, “VISTO: En uso de las facultades que me confiere el artículo 2° de la Ley N° 20.050, y teniendo presente lo dispuesto en el artículo 32 N° 8 de la Constitución Política de 1980” (también identificado en ‘lenguaje legalista’: D.S. No 100, D. Of. 22.09.2005).

* * *

Las conclusiones de esta breve revisión histórica de la historia constitucional de Chile son claras. Para decirlo con Salazar, nuestra historia bicentenaria exhibe definiciones constitucionales que se imponen por medio de la fuerza de los ejércitos. Esas imposiciones —como se ha visto— con escasa y, la más de las veces, nula participación ciudadana, se han mantenido fieles al modelo de gobierno autoritario con una figura presidencial que aloja facultades de todo orden. Esas figuras autoritarias son necesarias pues el pueblo no está preparado—como pensó Portales—o es ignorante para gobernarse.⁸⁹ En un esquema tal, lo político se construye como “la administración funcional del Estado constituido formalmente.”⁹⁰ Las constituciones así instauradas, sin embargo, corren un riesgo: “puede[n] no ser más que una hoja lijera que nada a flor de agua sobre el torrente revolucionario, i al fin se hunde en él.”⁹¹

5. Consensos sin debate: el Chile sin chilenos

Pero el pueblo chileno no sólo ha sido desplazado de la definición constitucional. Ha sido relegado, además, a un plano muy secundario en cuanto al desarrollo de la misma. Los asuntos constitucionales son decididos como cuestiones técnicas que, una vez decididas, proscriben y limitan las posibilidades para que el pueblo pueda tener voz en esos debates. Y aún más, cuando hay dudas sobre el desarrollo constitucional, el Tribunal Constitucional viene a clausurar el debate atribuyéndose la facultad para definir la contienda, privando al órgano de representación

87. Andrés Bello, *Constituciones*, en ANDRÉS BELLO VII OBRAS COMPLETAS 133 (Santiago de Chile, Pedro G. Ramírez 1884) (las cursivas son de Bello).

88. ACKERMAN, *supra* nota 18 (“Antes de ganar la autoridad para crear una ley suprema en el nombre del pueblo, un movimiento político debe, primero, convencer a un número extraordinario de compatriotas para que tomen la propuesta realizada con una seriedad que, en general, no es la que utilizan en asuntos políticos”) (la traducción me pertenece).

89. SALAZAR, DEL PODER CONSTITUYENTE, *supra* nota 38, p. 17

90. *Id.*, p. 5.

91. Bello, *supra* nota 87, p.133.

popular, el Congreso, de capacidad de interpretación constitucional.⁹² Ello ha sido particularmente el caso de “la política de los políticos” que ha seguido a la Constitución de 1980.⁹³

A comienzos de 1970 el temor al gobierno popular surge nuevamente. Esta vez la amenaza es mundial. Crozier, Huntington y Watanuki señalaron, así, que las democracias de Europa, Asia y América del Norte, estaban experimentando la desintegración del orden civil, el quebrantamiento de la disciplina social, la debilidad de los líderes y la alineación de los ciudadanos,⁹⁴ producto de una ‘excesiva democracia.’ Ese exceso de democracia se evidenciaba en la radicalización del sistema democrático mismo:⁹⁵ excesivas demandas ciudadanas que producían no otra cosa que la desintegración de los medios tradicionales de control social, una deslegitimización de la autoridad, y una sobrecarga del gobierno.⁹⁶

Chile no escapó de ese escenario de ‘alarma mundial.’ Recientemente una encuesta reveló que un 36% de los (chilenos y chilenas) entrevistados se declaraba insatisfecho con la forma en que se eligen a los miembros del Congreso. Sin embargo, un 47% era de la opinión de que el sistema electoral debía mantenerse, mientras un 78% señalaba que, a su juicio, es mejor para Chile que existan pocos y grandes partidos políticos o bloques.⁹⁷ Quizás por eso la democracia chilena ha sido calificada como una ‘imperfecta,’ con poca cultura cívica y escasa participación.⁹⁸

La razón que explica estos resultados, con todo, no descansa en la indisposición del pueblo a tomar parte en la vida política del país; sino en su (deliberada) exclusión por medio de la que se ha denominado la ‘democracia de los consensos.’ No es que en Chile exista una ciudadanía débil, sino que ésta ha sido así moldeada tras 17 años de dictadura

92. Una interesante discusión sobre el punto en Michael C. Dorf & Barry Friedman, *Shared Constitutional Interpretation*, 2000 SUP. CT. REV. 61 (2000) (explicando si la Corte Suprema, cuando decide como lo hace en *United States v. Dickerson*, promueve el diálogo e invita al Congreso a éste).

93. SALAZAR, DEL PODER CONSTITUYENTE, *supra* nota 38, p. 6.

94. MICHAEL CROZIER ET AL., *THE CRISIS OF DEMOCRACY* 2 (1975).

95. *Id.* p. 8.

96. *Id.* Recientemente se ha sugerido que las razones detrás de esta desconfianza en el gobierno popular fueron las recesiones económicas en que muchos de los países analizados se encontraban, así como la consecuente incapacidad de los gobiernos para satisfacer las demandas ciudadanas (asociadas a esas crisis monetarias. Robert D. Putnam et Al., Introduction: What’s Troubling the Trilateral Democracies?, en *DISAFFECTED DEMOCRACIES: WHAT’S TROUBLING THE TRILATERAL COUNTRIES?* (Susan Pharr & Robert Putnam) (2000).

97. Un 71% cree que muchos partidos políticos crean inestabilidad y dificultan la *gobernabilidad*, el nuevo concepto que acuñan quienes quieren descansar en la democracia de los consensos. Los datos citados en: Centro de Estudios Públicos, *Estudio Nacional de Opinión Pública No 54*, Diciembre (2006), disponible en: http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_3862.html (22 de diciembre, 2006).

98. Laza Kekic, *A pause in democracy’s march*, *ECONOMIST*, 16 de Noviembre, 2006.

y 20 más de (una suerte de) democracia.⁹⁹ Y en ello pesan el sistema electoral (moldeado para alterar las preferencias mayoritarias); las particulares condiciones históricas que marcaron el comienzo de la transición a la democracia en Chile;¹⁰⁰ y la Constitución de 1980 que lega una forma de ‘democracia protegida.’ Un rol disminuido para los partidos políticos, obra directa de Pinochet;¹⁰¹ un Congreso con senadores designados;¹⁰² un ‘Consejo Nacional de Seguridad,’ órgano consultivo del Presidente con facultades de auto convocatoria y compuesto, en su mayoría, por militares;¹⁰³ un Tribunal Constitucional moldeado para mantener la vigencia de la Constitución de Pinochet;¹⁰⁴

Estas condiciones de alguna forma *forzaron* la negociación de amplios acuerdos entre las dos mayores coaliciones políticas. Pero, transcurrido ya un tiempo prudente, ¿parece sensato que sigan haciéndolo?¹⁰⁵ Las coaliciones que dominan la escena política nacional, ‘La Concertación’ y ‘La Alianza por Chile’, antes que debatir y discutir públicamente estas importantes decisiones políticas, desarrollan una democracia consensual donde los acuerdos se alcanzan lejos de los espacios

99. Este sistema produce, a su turno, ciudadanos moldeados para esa democracia: ciudadanos poco activos, que molesten lo menos posible el actuar de las autoridades. Es extraño, por decirlo de alguna forma, que pese a que el sistema de transporte público que se implementó a comienzos de 2007 no funcione, en vez de movilizaciones y protestas los chilenos y las chilenas hayamos decidido hacer largas filas y sencillamente esperar por horas que los buses aparezcan. Sabemos que funciona mal. Sabemos que se han invertido millones de dólares de recursos que sabemos son escasos y a todos nos pertenecen. Sin embargo hacemos filas y seguimos en una forzada y moldeada pasividad. Son las circunstancias de su existencia las que condicionan la conciencia del ser, y no el ser a las circunstancias. Karl Marx, *Preface to a Contribution to the Critique of Political Economy*, en *THE MARX-ENGELS READER 4* (Robert Tucker ed., Norton 1978) (1859).

100. A comienzos del primer gobierno de transición, el de Patricio Aylwin, Pinochet se mantenía como Comandante en Jefe del Ejército y vociferaba, a propósito de las investigaciones que comenzaban a abrirse, “[n]adie va a tocar a alguno de mis hombres. El día que lo hagan ¡se acaba el Estado de derecho!”. Diane F. Orentlicher, *Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*, 100 *YALE L.J.* 2537, 2539 n.3 (1990-91).

101. TOMÁS MOULIAN, *CHILE ACTUAL. ANATOMÍA DE UN MITO* 242 (17 ed. 1997). Pinochet sostenía que el Congreso era espacio propicio para el populismo y la demagogia. AGUSTO PINOCHET, *POLÍTICA, POLITIQUERÍA, DEMAGOGIA* 63 (1983).

102. Se trataba de senadores no elegidos popularmente, sino que directamente nominados por las fuerzas Armadas (4), la Corte Suprema (3) y el Presidente (2). Ellos, en conjunto, conformaron cerca del 20% del Senado mientras la institución operaba—pues desaparecieron con las reformas de 2005.

103. El órgano consultivo de Pinochet, originalmente compuesto por el Presidente (de facto) de la República; los comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas (4); El Presidente del Senado; el Presidente de la Cámara de Diputados; el Presidente de la Corte Suprema; y el Contralor General de la República.. Las facultades de auto convocatoria se encontraban en el art. 95 inc. 3º de la versión original Constitución de 1980. Con las reformas de 2005, el Consejo se mantiene, pero con carácter consultivo. Véase, art. 106 de la Constitución Política de la República de Chile.

104. A 1998 el TC sigue reconociendo el carácter de poder constituyente para la Junta de Gobierno de Pinochet. CRISTI y RUIZ-TAGLE, *LA REPÚBLICA EN CHILE*, *supra* nota 42, p. 131 (n. 44).

105. MOULIAN, *CHILE ACTUAL*, *supra* nota 101, pp. 38-9, (“Entonces, el consenso consiste en la homogenización. Como se ha dicho, implica la desaparición del otro, a través de la fagocitación del Nosotros por el Ellos. La política ya no existe más como lucha de alternativas, como historicidad, existe solo como historia de las pequeñas variaciones, ajustes, [y] cambios en aspectos que no comprometen la dinámica global”). Domingo Lovera, *El Futuro de la Democracia en Bobbio ¿En qué estamos?*, en *EL PENSAMIENTO JURÍDICO Y POLÍTICO DE NORBERTO BOBBIO* 247 (Agustín Squella ed., 2005).

públicos.¹⁰⁶ Este consenso negociado se ha transformado en la regla general detrás de cada nueva reforma, sin importar si su carácter es constitucional o legal. El Congreso, espacio público de deliberación, deviene, así, en un “buzón sancionador de proyectos ya aprobados (o rechazados) en negociaciones, a espaldas de la ciudadanía.”¹⁰⁷

Ambas coaliciones, así, mantienen el poder en sus manos eliminando o forzando la desaparición de la disidencia.¹⁰⁸ La negativa reiterada a revisar el sistema electoral para hacerlo más inclusivo es ejemplo de lo anterior. No es que se esté dejando fuera a grupos que carecen de adhesión popular;¹⁰⁹ sino que se trata justamente de dejar fuera a grupos que la poseen, pero que no comparten el modelo de consensos y que rápidamente son etiquetados de anti-sistémicos y representantes de la vieja moda de la política adversarial. Su exclusión es inminente y, para nuestra democracia, evidente.¹¹⁰ El impacto para la forma en que entendemos la democracia no es menor.

En un contexto tal, cualquier iniciativa legal o constitucional que no se haya negociado previamente (y curiosamente) fuera del Congreso—de hecho, antes de ingresar a él—

106. Esta particular concepción de la democracia es la que, sostengo, desplaza a las minorías del ideal del auto-gobierno. Según Miguel Luis Amunátegui, en una reciente columna de opinión, el sistema democrático chileno, construido sobre la base del sistema electoral binominal, alienta este tipo de acuerdos. En sus palabras, “la sana doctrina democrática . . .” consiste en entender que “en cuestiones institucionales de la naturaleza de las mencionadas [educación, elección de miembros del directorio de TVN, entre otras] deben existir entendimientos entre la mayoría y la minoría.” Se trata de una “democracia consociativa en la que, en materias de trascendencia institucional, la mayoría debía [y debe] encontrar acuerdos con la minoría. Frutos de tal predicamento fueron la conformación de la Comisión Técnica RN-Concertación que dio lugar a la primera e importante reforma constitucional y, también, la leal colaboración de RN prestada al gobierno de Patricio Aylwin, para una exitosa transición.” Miguel Amunátegui, *¿Seremos capaces de cambiar la actitud?*, EL MERCURIO, 31 DE JULIO, 2007.

107. Jorge Contesse, *Chile: dos reflexiones sobre la transición a la democracia*, 50-51 REVISTA TEMAS 34, 37 (2007).

108. Por eso resultan curiosas las palabras de Amunátegui (*supra* nota 106). La democracia chilena fuerza los acuerdos entre la mayoría y la minoría, señala Amunátegui. Sin embargo es preciso prestar atención al hecho que esas mayorías y minorías se han configurado gracias a un sistema que, antes, ya había excluido a otros sectores. Hay varios sectores de la población chilena que carecen de representación, justamente porque no forman parte ni de la ‘Concertación’ ni de la ‘Alianza.’ ¿Y qué ocurre con esas minorías? Quizás acá Amunátegui está con Pérez (*infra* nota 109).

109. Como erróneamente señala Pérez. Hermógenes Pérez, *¿Cumpleaños Feliz?*, EL MERCURIO, 29 de Julio, 2007 (“Y ahora todos estamos estudiando alguna fórmula para que [los comunistas] tengan parlamentarios aunque no les alcancen los votos.”).

110. CHANTAL MOUFFE, ON THE POLITICAL 30, 72-6 (2005). O considérese, por ejemplo, la obsesión de la clase política chilena de terminar con la ‘transición de la democracia.’ En otras palabras, la obsesión de dar vuelta la página en torno a las violaciones masivas a los derechos humanos ocurridas bajo el mando de Pinochet. La muerte de Pinochet en Diciembre de 2006 fue la excusa de turno. José Antonio Gómez, presidente del Partido Radical chileno, señaló que no tenía “problemas en decir, hoy, que nosotros [los chilenos] deberíamos reflexionar sobre el futuro, y no solo pensar en el pasado.” *Concertación invitó a dejar atrás etapa de Pinochet*, RADIO COOPERATIVA (Santiago), 11 de Diciembre, 2006, <http://www.cooperativa.cl/>.

está condenada al fracaso.¹¹¹ Por ello, decisiones que deben realizarse públicamente, en tanto envuelven asuntos políticos y constitucionales fundacionales para los chilenos y las chilenas, son discutidos secretamente.¹¹² Las reformas constitucionales de 2005 son resultado de esas mismas negociaciones: un gran ‘consenso nacional’ al que se llegó (solo) entre los que negociaron, desde luego, y del que solo algunos se sienten dueños.

6. ¿Participación y cortes?

Me parece que existen buenas razones para concluir que estas negociaciones excluyen a varios sectores de la población. Particularmente a las minorías que siempre han estado al margen (extra-parlamentarias). Para ellas la participación no es más que una promesa, mientras la democracia y la política se transforman en obras que han sido llamados solo a presenciar.¹¹³ Por caso, del total de las 58 reformas constitucionales aprobadas en 2005, solo dos de ellas no fueron incluidas: el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas¹¹⁴ (sino el grupo más excluido, uno de los más desplazados) y la reforma al sistema electoral (que permite no solo que los mismos sigan en el poder, sino que es el mecanismo que alienta el consenso radical).

Aquí es donde—argumentaré—las cortes pueden desempeñar algún papel. No por el hecho de ser cortes. No porque poseamos una particular confianza en los jueces que las

111. Un claro ejemplo, en este sentido, lo presenta la forma en que se designan los miembros de la Corte Suprema en Chile. El o la Presidente de la República tiene la facultad de nominar al candidato quien, para acceder al cargo, debe ser ratificado por las 2/3 partes del Senado. Sin embargo, el Senado ha rechazado en varias oportunidades la nominación efectuada cuando él o ella ha propuesto al candidato sin haber, previamente, consultado (o ‘sondeado’) el acuerdo de la Cámara. Así, el o la Presidente que quiera realizar una nominación exitosa, debe enviar a sus ministros al Senado para que determine cuáles son las preferencias del Senado—o, en el peor de los casos, para que logre convencer a los disidentes e indecisos. La audiencia de ratificación, desde luego, termina siendo no otra cosa que una fachada de discusión (que en verdad no se produce). UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS 2006 (HECHOS DE 2005) 167, 174-75 (2006).

112. En efecto, es común escuchar a los parlamentarios—a quienes cabe gran responsabilidad en el ‘tipo’ de democracia que tenemos—reclamar en contra de la presentación de iniciativas parlamentarias que no se han acordado antes. El grupo de parlamentarios a los que hoy se denomina ‘díscolos’ son un ejemplo claro en este sentido (suponiendo que no los mueve el afán de figuración). Sobre el primer punto es interesante la columna del entonces Presidente del Senado, Sergio Romero, quien señala que la presentación de propuestas de reforma al Congreso, sin previo acuerdo, equivale a romper el espíritu de unidad y entendimiento. Sergio Romero, *La respuesta ante la peligrosa tentación de usar al Congreso Nacional como un buzón en un año electoral*, SENADO CIUDADANO: PERIÓDICO ELECTRÓNICO, 13 de Mayo, 2005 (disponible en: http://periodico.senado.cl/prontus4_boletin/site/artic/20050513/pags/20050513142833.html) (“Podemos estar de acuerdo en el tema de fondo y es legítimo que existan propuestas, pero no parece razonable que se use al Congreso Nacional como un buzón para el envío de iniciativas calificadas con urgencia o discusión inmediata. No es serio que se nos inste a debatir en cuestión de horas respecto de materias que pueden tener efectos importantes para un sector de la población”).

113. La ciudadanía, digamos para seguir con la metáfora, opera en un doble rol de tramoyas-audiencia. De tramoyas, cuando son llamados a votar y a preparar el escenario del ejercicio del poder. De audiencia, una vez que han elegido a sus representantes. Ese mismo momento de autorización libera a los representantes, y recluye, a los representados.

114. UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *supra* nota 111, p. 368.

componen, ni menos en su historial de defensa de los derechos.¹¹⁵ Sino porque podemos utilizarlas como mecanismos a disposición de la gente; de los excluidos. Mecanismos por medio de los cuales se podrá llamar la atención de la clase política acerca de lo que (erróneamente) hacen. O cómo ocurre en el caso de los derechos sociales, como mecanismos para llamar la atención por lo que no hacen en absoluto. Para insistir con la idea con la que comencé este trabajo: no confiamos en las cortes en tanto cortes, sino en tanto son instrumentos capaces de causar un impacto en el sistema político que se irá perfeccionando hasta que podamos exigir que las cortes salgan de escena.¹¹⁶ De hecho el mismo trabajo de las cortes en este sentido debiera ser la semilla de su propia desaparición—en tanto cortes ‘juricentricas.’¹¹⁷ Para que ello ocurra deben satisfacerse dos condiciones. Primero—y acá sí debemos confiar en las cortes—las cortes deben operar como tribunales procedimentales. Segundo—y acá la confianza se reclama del sistema político—el sistema político debe ser capaz de ‘sentir’ ese golpe. De acusar recibo. Debe ser capaz de entender que ‘algo no está funcionando’ y debe ser mejorado.

A. Cortes procedimentales

Una corte es procedimental cuando resuelve los casos constitucionales que a ella llegan a través del prisma del derecho a participar.¹¹⁸ Propongo, en una idea nada nueva,

115. Fernando Atria ha insistido en la idea que quienes proponen a las cortes como solución a las violaciones de derechos humanos el darle más poder a las cortes, como el de anular las leyes, actúan como ‘víctimas insatisfechas,’ básicamente como un “sujeto que es golpeado y cuya reacción es entregar al atacante un martillo para que lo golpee con más efectividad.” Fernando Atria, *Revisión Judicial: El Síndrome de la Víctima Insatisfecha*, 79 REVISTA ESTUDIOS PÚBLICOS 347, 378 (2000).

116. Estoy pensando que las cortes pueden servirnos como herramientas que nos permitirán alcanzar las 4 condiciones que Jeremy Waldron presupone para rechazar el control judicial de legislación. Waldron las asume como precondiciones de su argumento. Yo prefiero tomar estas condiciones como metas a las que aspiramos. Y las cortes, insisto, pueden ayudarnos a lograrlas. si las alcanzamos, las cortes salen del medio. Las 4 condiciones que una comunidad debe exhibir para poder rechazar el control judicial de constitucionalidad de las leyes, son las que denomino ‘credenciales democráticas.’ En resumen, una sociedad tiene que mostrar (1) instituciones democráticas; básicamente un amplio cuerpo deliberativo de representantes acostumbrados a lidiar con asuntos difíciles, y donde los principales temas constitucionales y legales son decididos por medio de un proceso que se “conecta tanto formal (por medio de audiencias públicas y procedimientos de consulta) como informalmente con los amplios debates que se producen en una sociedad.” Las sociedades también deben mostrar (2) un poder judicial que funcione bien, políticamente independiente, (3) dentro de una sociedad donde la mayoría de sus miembros posee un fuerte compromiso con la idea de derechos individuales y protección de las minorías. Finalmente, (4) esa sociedad evidencia un desacuerdo sobre qué derechos tenemos, y un desacuerdo sobre qué implica tener esos derechos. Como en la mayoría de las comunidades liberales, exhibe entonces un desacuerdo sobre los derechos. Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 YALE L.J. 1346, 1361-6 (2006).

117. Analizo esta idea con mayor detalle en Domingo Lovera, *Implosive Courts, Law, and Social Transformation: the Chilean Case*, en 3 CAMBRIDGE STUDENT L. REV. (2007).

118. Es cierto que, en principio, cualquier caso podría ‘constitucionalizarse,’ y la experiencia nacional en materia de recurso de protección es prueba suficiente de ello. Hagamos juntos el esfuerzo de tratar de imaginar casos puramente constitucionales. En esta tarea puede ayudarnos la existencia de procedimientos legales específicamente diseñados para resolver disputas determinadas, una de las razones que suelen invocar las cortes de apelaciones para declarar la inadmisibilidad de recursos de protección (de nuevo, que versan sobre materias ya reguladas nivel legal). Algunas importantes ideas en este sentido en Andrés Jana, *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales*, en LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (Roberto Saba ed., 2002).

por lo demás, que las cortes enfrenten esos casos no intentando definir los derechos fundamentales involucrados en esos casos, sino que, cosa distinta, verificando que las condiciones de participación hayan estado abiertas a todos. Las cortes, así, funcionan como mecanismos que vigilan, reaccionando a la demanda ciudadana, que las esferas públicas de discusión estén abiertas a todos y todas. El espacio de definición de los valores y principios constitucionales, en cambio, sería el parlamento. Como ha sugerido Ely, estas clases de decisiones están animadas no por decidir valores substantivos que deben ser propiamente identificados, sopesados, y definidos en el proceso político. Sino que animadas a lograr que ese proceso—como es la promesa—se encuentre “abierto para que todos los puntos de vista que existan sobre un punto se admitan sobre una base de igualdad.”¹¹⁹

A efectos de entender mejor, y de dotar de alguna plausibilidad a, esta idea, permítanme resumir dos casos resueltos por la Corte Constitucional de Sudáfrica en 2006.¹²⁰ En esos casos la corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de dos importantes leyes. No lo hizo sobre la base de consideraciones substantivas sobre los derechos involucrados;¹²¹ sino, como vengo proponiendo acá, sobre la base de haberse violado, en los procedimientos previos a la aprobación de esas leyes, el derecho a participar.

Brevemente expuestas, las razones que se esgrimieron fueron las siguientes. **(a)** A diferencia de la Constitución chilena, la Carta Sudafricana reconoce y establece una forma de gobierno que es tanto representativa como participativa. La Corte, citando el preámbulo constitucional, sostuvo que “una sociedad abierta y democrática en la cual el gobierno encuentra fundamento [último de su legitimidad] en la voluntad del pueblo,”¹²² por lo que es preciso “para nuestra democracia alcanzar una relación balanceada entre los elementos de representación y participación.”¹²³ **(b)** Respecto al derecho a la participación política la Corte señaló que, así como ocurre con los demás derechos constitucionales, estamos en presencia de un “derecho de textura abierta, programático, y que está abierto a reformulaciones experimentales . . . a la luz de las continuas experiencias nacionales.”¹²⁴ Agregó que el derecho a participar no se agota con el derecho a voto, por lo que es necesario “incluir no solo formas de participación indirecta por medio de los representantes electos, sino también formas de directa de participación.”¹²⁵ Asignó a las constituciones, muy en línea con lo señalé más arriba, un rol catalizador del diálogo permanente entre los representantes y sus electores, el que puede incluir la participación directa de los

119. JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST* 73-4 (2002).

120. *Doctors for Life International v Speaker of the National Assembly & Others* 2006 (12) BCLR 1399 (CC) (S. Afr), y *Matatiele Municipality and Others v President of the Republic of South Africa & Others (1)* 2006 (5) BCLR 622 (CC) (S. Afr).

121. Lo que no es un punto menor. Una de esas leyes autorizaba la terminación del embarazo. Es decir se trataba de un tipo de caso que, en la mayoría del las experiencias comparadas se resuelve, justamente, sobre la base de argumentaciones substantivas acerca del contenido de los derechos involucrados.

122. *Doctors for Life* para. 115; *Matatiele* para. 40.

123. *Doctors for Life* para. 122.

124. *Id.* para. 96.

125. *Id.* para. 98.

ciudadanos.¹²⁶ (c) Si bien es cierto que existen provisiones constitucionales que exigen la participación pública para la toma de ciertas decisiones legislativas y constitucionales, es cierto, también, que esas mismas disposiciones, en tanto programáticas y de textura abierta, dejan espacio a las legislaturas para que éstas puedan decidir cómo hacerlo. Son las legislaturas las que tienen la suficiente discrecionalidad para determinar cuál alternativa, de las diferentes posibilidades que existen, elegirán para cumplir con la obligación de garantizar la participación pública.¹²⁷ (d) Finalmente, la Corte consideró que el derecho a participar se transforma en un derecho crucial (‘el derecho de los derechos’) especialmente para ese sector de la comunidad que ha sido previa y deliberadamente excluido del proceso político. Así, la Corte señala que:

“[Tener al pueblo involucrado en al proceso de creación de las leyes] fortalece la legitimidad de la legislación a ojos de la comunidad . . . [y] porque es abierto y de carácter público, ese sistema actúa como un contrapeso al lobby secreto. La democracia participativa es de especial importancia para aquellos sectores de la comunidad que se encuentran relativamente *desempoderados* en un país como el nuestro, donde existe una gran disparidad de riqueza e influencia.”¹²⁸

B. El impacto en el sistema político

Pero no basta con cortes procedimentales. Es preciso, además, contar con un sistema político que sea capaz de ir perfeccionándose en el tiempo. Que sea capaz de asumir la satisfacción progresiva del derecho a participar. Acá es preciso que el sistema actúe de buena fe y, en cierta medida, la recurrencia a las cortes busca verificar que ello así ocurra.

Las palabras de Waldron expresan mejor esta idea:

*“Asumo, desde esta perspectiva, que las instituciones, los procedimientos, y las prácticas de la legislación se mantienen bajo revisión constante, y por lo tanto si se perciben inequidades en la representación que amenazan seriamente con derogar el ideal de igualdad política, se entiende que todos los miembros de esa sociedad puede realizar esa crítica y lograr que, si se considera necesario, el procedimiento legislativo y el sistema electoral sean modificados para remediar las deficiencias.”*¹²⁹

126. Id. para. 99 (mencionando como ejemplos, precisamente porque se trata de un derecho de textura abierta, referéndum y otras iniciativas populares); *Matatiele* para 58 (“El proceso de creación de las leyes que incorpore la participación de la comunidad, producirá que se produzca un diálogo entre los representantes y el propio pueblo”).

127. En efecto la Corte, estableciendo una suerte de ‘estándar de razonabilidad’ para la satisfacción del derecho a participar, miró lo que había ocurrido y ocurre en otras provincias. Ello elimina la posibilidad de que sea la Corte la que determine, arbitrariamente, cuál es la forma ideal de garantizar la participación popular.

128. *Doctors for Life* para. 115 (el énfasis es mío).

129. Waldron, *The core of the Case, supra* nota 116, p. 1362

Las cortes, en estos casos, se avocan a la tarea de definir el espectro del derecho a participar y no, en cambio, a la labor de determinar el contenido sustantivo de los derechos en juego. Es a través de ellas que, sectores anteriormente excluidos del proceso político, llaman la atención del sistema político. Ello debería forzar (a) una revisión de la forma en que quienes están ejerciendo cargos de representación popular y de poder llegan a esos cargos;¹³⁰ (b) una revisión de la forma en que ese sistema opera legislando; y, finalmente, (c) a discutir las leyes nuevamente, esta vez incluyendo a los que estaban siendo excluidos. Para retomar la idea inicial de esta sección, y de este trabajo, la fuerza del argumento descansa, más que en las decisiones de las cortes, en la capacidad del sistema político para iniciar auto evaluarse respecto a la forma en que se encuentra operando.

7. Conclusiones

Una primera idea que debe descartarse es que las cortes no tienen nada que ver (ni hacer) con el derecho a participar. Es posible pensar en ellas, como Ely lo sugirió hace más de 25 años, jugando un rol mucho más modesto del que se piensa deben jugar, y del que ellas mismas piensan—y sentencian—pueden desempeñar. Una segunda idea que debe igualmente desecharse, es la de pensar que las cortes, actuando como árbitros del proceso político, impactan poco en la condición de las minorías. Bajo un esquema como el que propongo, las minorías excluidas no estarán dominadas por una mayoría parlamentaria, sino que serán partícipes de un proceso político que les reconoce legitimidad política.¹³¹ Las leyes, ahí, dejan de ser esas “fuerzas externas de cualquier tipo”¹³² para pasar a convertirse en la manifestación del auto-gobierno. Como ocurría con los romanos antiguos, para quienes la libertad se alcanzaba cuando los ciudadanos habían tomado parte en esa empresa colectiva de crear las leyes por ellos mismos—no cuando las obedecían voluntariamente. Maurizio Viroli ha señalado que “ellos [los escritores políticos republicanos] han señalado que el poder de hacer las leyes por nosotros mismos—directamente o por medio de los representante—es el medio más eficaz (junto con otros) para vivir libres, en el sentido de no estar sujetos a la voluntad arbitraria de uno o varios otros individuos.”¹³³ Esa libertad puede alcanzarse con mayor inclusión en el sistema político. Con cortes vigilando que ello ocurra. Y con un parlamento—pero una comunidad política, finalmente—lo suficientemente sensatos como para revisar sus propios procedimientos.

¿Significa esto, entonces, que las minorías extra-parlamentarias van a decidir la deliberación política? En lo absoluto. El derecho a participar no asegura al partícipe que su propio punto de vista va a resultar finalmente recogido por la decisión (política). Las

130. Id.

131. Esa mayoría parlamentaria posee, a su turno, mayorías y minorías. En el caso chileno, como he señalado más arriba, mayorías y minorías (parlamentarias) acuerdan los resultados del proceso político antes que ese proceso comience siquiera a funcionar.

132. *Supra* nota 31.

133. MAURIZIO VIROLI, *REPUBLICANISM* 42-3 (Anthony Shugar trans., 2002).

personas tienen derecho a tomar parte en el auto gobierno, pero ello no quiere decir que son sus propias ideas las que finalmente serán recogidas (en el contenido) en una ley.¹³⁴ Lo que ese derecho establece son condiciones para evitar que las personas sean insultadas por el proceso político excluyéndolas de la discusión pública—a ellas y su sentido de justicia.¹³⁵

Estas ideas sobre libertad, auto gobierno y participación son importantes para entender la forma en que debería funcionar una democracia. El procedimiento de toma de decisiones basado en la regla de la mayoría que defendemos cuando nos oponemos a cortes dotadas de superpoderes (i.e.: declarando la nulidad de las leyes), tiene importancia, más que por el gran número de votos que una determinada posición obtiene en ese proceso, por el debate que previamente se ha sostenido en la arena política,¹³⁶ y cuyo punto cúlmine, pero no necesariamente el más relevante, es la votación. Ese debate, cimentado sobre exclusiones, poco y nada tiene de democracia. Rechazar medidas que permitan perfeccionar el sistema de modo de hacerlo más inclusivo, una muestra detestable de conformismo.

134. WALDRON, *LAW AND DISAGREEMENT*, *supra* nota 4, p. 236 (señalando que, aún cuando una persona aspire a decisividad, él o ella debe reconocer que su voz puede no contar más—y no cuenta más—que las de los demás”). También en URBINATI, *REPRESENTATIVE DEMOCRACY*, *supra* nota 14, p. 6 (2006) (“La representación es un filtro comprensivo . . . ayuda a despersonalizar los reclamos y opiniones, lo que a su turno permite que los ciudadanos se mezclen y asocien, sin que ello signifique perder el espíritu partidario, elemento esencial para una libre competencia política, ni obscurecer la división mayorías/minorías”).

135. WALDRON, *LAW AND DISAGREEMENT*, *supra* nota 4, p. 238.

136. URBINATI, *REPRESENTATIVE DEMOCRACY*, *supra* nota 14, p. 5 (“El discurso público es uno de los principales rasgos que caracteriza y da valor a la política democrática . . . La presencia por medio de la voz (del discurso), a través de la cual los razonamientos de los ciudadanos se exponen públicamente, define el carácter indirecto de la política democrática tanto cuando los ciudadanos votan las leyes, como cuando votan a sus representantes”).

