

PROPUESTAS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

(ORIGINADA EN DEMOCRACIA)

EDUARDO A. CHIA & FLAVIO QUEZADA
(EDITORES)



PROPUESTAS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN
(ORIGINADA EN DEMOCRACIA)

ISBN: 978-956-9466-02-1

Instituto Igualdad
Darío Urzúa 1763
Teléfono (56) 2 2274 2258
Santiago – Chile
<http://www.igualdad.cl/>

Facultad de Derecho Universidad de Chile
Pío Nono N° 1
Casilla 94 – Correo 22
Santiago – Chile
<http://www.derecho.uchile.cl/>

Friedrich Ebert-Stiftung
Hernando de Aguirre 1320
Teléfono: (56) 2 2341 4040
Santiago – Chile
<http://www.fes.cl/>

Editores generales: Eduardo Chia Ramírez y Flavio Quezada Rodríguez
Editor de estilo: Elena Águila

Impresión, diagramación y diseño: Alerce Talleres Gráficos S.A.



Licencia Creative Commons: Reconocimiento – No comercial – Compartir igual: Los artículos de este volumen se distribuyen bajo Licencia Creative Commons. Pueden ser reproducidos, distribuidos y exhibidos a fin de informar y sensibilizar a los lectores bajo la condición de reconocer a los autores/as y mantener esta licencia para las obras derivadas. Este libro fue publicado gracias al apoyo financiero de la Fundación Friedrich Ebert. Nace de una actividad conjunta entre el Área de Investigación Jurídica del Centro de Estudios Instituto Igualdad y el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, la cual contó con el patrocinio de la Fundación Friedrich Ebert (Chile). Los contenidos expresados en cada artículo son de responsabilidad de cada autor/a y en ningún caso comprometen la opinión de las instituciones organizadoras ni de quienes patrocinan.

LA DEMOCRACIA COMO PROGRAMA CONSTITUCIONAL: EL LUGAR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*

Juan Pablo Mañalich Raffo

“Pero el príncipe no ve la necesidad de poner por escrito la nueva Constitución; la monarquía es una institución demasiado práctica, para proceder así”.

Ferdinand Lassalle, ¿Qué es una Constitución?

I

Estas palabras fueron pronunciadas por el socialista (“utópico”) Ferdinand Lassalle, en abril del año 1862, ante una agrupación de ciudadanos berlineses. La conferencia de la cual ellas están extraídas fue concebida como un instrumento para la concientización de las diferentes capas de la burguesía prusiana de cara a la coyuntura constitucional en la cual había terminado el proceso reaccionario de restauración monárquica posterior a la revolución de 1848.

Lassalle se proponía hacer conscientes a sus conciudadanos, en primer lugar, de que la constitución resultante de la revolución burguesa del año 1848 había devenido en letra muerta; y, en segundo término, de que, dadas las circunstancias de ese proceso constituyente, el desenlace no podía haber sido otro. Lassalle apoyaba su argumento en una distinción, manifiestamente provocadora, entre la “constitución escrita” que, en cuanto “hoja de papel”, un pueblo puede recibir o darse a sí mismo, por un lado, y la “constitución real y efectiva” sustentada “en los factores de poder que rigen en el país”, por otro.¹

Para alcanzar esta distinción, Lassalle consideraba necesario ofrecer, primero, una indagación en la pregunta misma de qué es una constitución, desechando de entrada la plausibilidad de cualquier especificación jurídico-formal del concepto en cuestión.² Esto no quiere decir, empero, que no pudiera someterse a análisis alguna caracterización típicamente jurídica de lo que *sería* una constitución, para así hacer explícito lo que pudiera estar implícito bajo semejante caracterización y que en efecto se corresponde con lo que *es* una constitución. Esta es, precisamente, la metodología favorecida por Lassalle, quien toma como punto de partida la usual caracterización de la constitución de un Estado cualquiera como la “ley fundamental” de ese mismo Estado, lo cual lo lleva a la pregunta de “cómo habría que distinguir entre una *ley fundamental*

*Agradezco al ayudante *ad honorem* Ítalo Reyes Romero por su generosa ayuda en la revisión del texto.

1 LASSALLE (2005), pp. 49 ss., 67 ss.

2 LASSALLE (2005), pp. 37 ss.

y otra ley cualquiera para que la primera pueda justificar el nombre que se le asigna”.³ En la respuesta a esta pregunta, Lassalle propone tres especificaciones progresivas del sentido en que una constitución exhibe semejante carácter de *ley fundamental*: debe ser, primero, “una ley que *ahonde* más que las leyes corrientes”; segundo, una ley que represente “el verdadero *fundamento* de las otras leyes”; y tercero, una ley que en cuanto fundamento de las demás leyes opere como “una fuerza eficaz que hace, por *ley de necesidad*, que lo que sobre ella se *funda sea así y no de otro modo*”.⁴

Es en esta última especificación que emerge la clave del concepto de constitución reconstruido por Lassalle, tal como éste apenas lo sugiere, aparentemente sin reparar en la cabal significación del punto: “Solo las cosas *carentes* de un *fundamento*, que son las casuales y fortuitas, pueden ser como son o de otro modo cualquiera”.⁵ Es interesante que Lassalle ofrezca esta observación a modo de caracterización *negativa* de cualquier ley distinta de la respectiva ley fundamental: semejante ley no fundamental, en tanto ley (literalmente) *fundamentada*, no puede ser como es o de cualquier otro modo, sino que es como es en virtud de aquello que la fundamenta, esto es, que la hace ser *esa* ley y no otra. Lo cual, formulado en terminología más moderna, significa: una ley que encuentra su fundamento de validez en otra ley que la determina no podría —*pace* Kelsen— contener una “cláusula alternativa tácita”,⁶ en virtud de la cual aquella ley pudiera en definitiva ser la que es o cualquiera otra.

Pero lo crucial es reparar en lo que, a *contrario sensu*, semejante caracterización nos dice acerca del estatus de una constitución, en cuanto ley fundamental a su vez no fundamentada. Pues en estos mismos términos, lo definitorio de una constitución *qua* ley fundamental resulta ser que ella puede ser como es o de cualquier otro modo, precisamente porque su existencia no se deja entender como el resultado de alguna fuerza activa que la determine “por un imperio de necesidad”. Lo cual significa: en cuanto ley fundamental a su vez carente de fundamento, una constitución es, en esencia, el fundamento *radicalmente contingente* de cualquier otra ley que haya de regir en cuanto ley fundamentada por aquella. Parafraseando entonces la descripción de aquello que, en el sentido del argumento ontológico de Anselmo, ha de ocupar la (necesariamente única) posición marcada por el término “Dios”,⁷ la constitución de un Estado se nos presenta como el fundamento de juridicidad mayor que el cual ningún fundamento que puede ser pensado. Y de ahí que si el establecimiento de una constitución puede ser tematizado como el resultado del ejercicio de un “poder constituyente”, este tenga que ser entendido como un poder normativo no conferido, a su vez, por norma alguna.⁸

3 LASALLE (2005), p. 39.

4 LASALLE (2005), pp. 39 s.

5 LASALLE (2005), pp. 39 s.

6 KELSEN (1960), pp. 271 ss., 275 ss.

7 MAÑALICH (2010), pp. 117 ss.

8 ATRIA (2013), pp. 27 s.

II

Es esta radical contingencia de toda constitución en cuanto fundamento-carente-de-fundamentación lo que Lassalle invoca para explicar la preocupación, distintivamente moderna, por el otorgamiento de constituciones escritas.⁹ A este respecto, el paso argumentativamente decisivo consiste en su identificación de la “efectiva” constitución de un Estado con “los factores reales de poder que rigen en el seno de [la respectiva] sociedad”.¹⁰ Pues si esta identificación es acertada, se sigue de ello que es del todo equívoca la representación “de que las constituciones son una característica peculiar de los tiempos modernos”;¹¹ antes bien, lo específicamente moderno serían “las constituciones *escritas*, las *hojas de papel*”.¹² Pero entonces, sostiene Lassalle, lo único que podría explicar esta moderna disposición a la escrituración constitucional sería “que en los *factores reales de poder* imperantes dentro del país se haya *operado una transformación*”.¹³ Y de cara a las revoluciones burguesas acontecidas en las últimas décadas del siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX, esa transformación habría consistido en una determinada redefinición de la voluntad política de la burguesía: “La población burguesa se dijo: no quiero seguir siendo una masa sometida y gobernada, sin voluntad propia: quiero tomar en mis manos el gobierno y que el príncipe se limite a reinar con arreglo a mi voluntad y a regentar mis asuntos e intereses”.¹⁴

Esto ciertamente presupone que la burguesía, como tal, contaba ya como uno de los factores reales de poder imperantes dentro del país respectivo. Y esto es algo que Lassalle afirma no solo en referencia a la “gran burguesía”, definida por su control del “gran capital”,¹⁵ sino también y decisivamente en referencia a la “pequeña burguesía”, cuya posición él tematiza conjuntamente con la de la “clase obrera”.¹⁶ Que la pequeña burguesía y la clase obrera conjuntamente exhibieran el estatus de un factor real de poder imperante en la Prusia de su época se funda, observa Lassalle, en que una pretensión de despojar a estos dos sectores sociales de las posiciones de libertad personal conquistadas en el paso del Estado medieval al Estado moderno, se habría mostrado como enteramente inviable, porque entonces los obreros se habrían echado “corriendo a las calles, sin necesidad de que sus patronos les cerrasen las fábricas”, y la pequeña burguesía habría corrido “en masa a solidarizarse con ellos, y la resistencia de ese bloque sería invencible”.¹⁷

9 LASALLE (2005), pp. 56 ss.

10 LASALLE (2005), pp. 41 s.

11 LASALLE (2005), p. 57.

12 LASALLE (2005), p. 59.

13 LASALLE (2005), p. 60.

14 LASALLE (2005), p. 66.

15 LASALLE (2005), pp. 44 ss.

16 LASALLE (2005), pp. 48 s.

17 LASALLE (2005), p. 49.

Esto demuestra, según Lassalle, que el bloque conjuntamente formado por la pequeña burguesía y la clase obrera constituía un factor real de poder que codeterminaba, al menos en el margen, el correspondiente “espacio de juego”. El problema está, sin embargo, en que este particular factor de poder no era más que un componente del “poder de la Nación”, que se distinguiría por exhibir un carácter esencialmente “inorgánico”, contraponiéndose así al “poder organizado” detentado por quien controla el aparato del Estado en conjunto con el ejército.¹⁸

Con esto quedamos en condiciones de precisar la conexión específica que cabe reconocer entre la moderna disposición a la escrituración constitucional y el proyecto político definitorio de la democracia: la neutralización de cualquier otro factor real de poder que no sea la voluntad popular como fundamento-no-fundado de juridicidad. Pues la única manera por la cual la realización de la voluntad popular puede superar su déficit de organicidad en cuanto factor de poder consiste en su *institucionalización* por la vía de su reconocimiento *constitucionalmente declarativo*. Y que la voluntad popular se vea institucionalizada como factor de poder constitucionalmente *supremo* depende, críticamente, de que todo otro factor de poder se vea institucionalmente sometido a ella.

En tal medida, el núcleo de una constitución (escrita) puede ser entendido, literalmente, como un entramado de *reglas constitutivas* que, en cuanto “declaraciones permanentes”,¹⁹ institucionalizan una cierta organización del poder en la forma de una auténtica ontología política, cuyo artefacto más prominente es el Estado. Sobre esta base, el carácter específicamente democrático de una constitución depende —para ponerlo en la terminología de Heller— de que el “poder objetivo de la organización” instituida como Estado tenga como único soporte al pueblo en cuanto titular del “poder subjetivo sobre la [misma] organización”, esto es, en cuanto *soberano*.²⁰ Sin embargo, es crucial advertir que, desde el punto de vista de la tradición democrática, no es posible sostener que la constitución del Estado *constituya* al pueblo como tal.²¹ Pues democráticamente, la constitución necesita ser interpretada como una decisión del pueblo,²² entendido este como sujeto político “inorgánico” que por sí mismo pasa a erigirse, entonces, en *el* agente político constitucionalmente organizado.

Así, una constitución democrática es la materialización de la decisión del pueblo de convertirse en el (único) agente políticamente supremo. Y en tal medida,

18 LASALLE (2005), pp. 55 s.

19 SEARLE (2010), pp. 11 ss., 97 s.

20 HELLER (1968), pp. 263 ss.; al respecto MAÑALICH (2010), pp. 137 s.

21 Véase sin embargo ATRIA (2013), p. 38, quien sostiene que “la constitución es una decisión del pueblo”, a la vez que “no hay pueblo sin constitución, porque antes de darse una constitución la suma de individuos no constituye un ‘pueblo’, un agente político [...]”.

22 Véase MARX (1971), p. 293: “Así como la religión no crea al ser humano, sino el ser humano crea la religión, así tampoco la constitución crea al pueblo, sino el pueblo la constitución”.

la estructura pragmático-lingüística de la materialización de esa (primera) decisión soberana es la de un acto de habla declarativo,²³ cuyo carácter *políticamente paradójico* radica en que es solo a través de la “originaria” demostración de agencia política implicada en la decisión constituyente que el pueblo *muestra* su preexistencia como *sujeto* político hasta entonces privado del estatus de *agente*.²⁴ Es precisamente esto lo que determina que, como lo advirtiera Marx, “la democracia es la verdad de la monarquía”, mientras “la monarquía no es la verdad de la democracia”.²⁵ Pues mientras la monarquía es enteramente incapaz de explicar la democracia, la democracia es capaz, retrospectivamente, de explicar la monarquía, a saber, como un orden que fuera tolerado o de facto “consentido” por el pueblo, en cuanto sujeto aún no autoerigido en agente político (supremo).

III

La democracia, sin embargo, no puede ser reducida a una mera *forma de Estado*, precisamente porque, en conjunción con lo anteriormente dicho, ella al mismo tiempo especifica una *forma de sociedad* que se distingue por resistir la identificación (distintivamente liberal) del dominio de lo político con el dominio de lo estatal.²⁶ Es justamente la disposición a validar semejante identificación lo que explica que en las así llamadas “democracias liberales”, el pueblo arriesgue, como observa Alain Badiou, devenir en nada más que “una colección de átomos humanos [que] confiere una ficción de legitimidad a los representantes electos”.²⁷ Para evitar la reducción de la dimensión esencialmente *representacional* de toda política democrática al entramado institucional de una “democracia representativa”,²⁸ es imprescindible insistir en una caracterización democrática de lo político como un espacio que supera y trasciende el orden estatal. En la terminología de Badiou, una caracterización democrática de lo político es la que presenta “la verdad de lo político”, esto es, “la puesta de lo particular bajo la ley de la universalidad de la voluntad política”.²⁹ En palabras —ojalá— menos esotéricas, esto quiere decir que lo político satisface una caracterización democrática si, y solo si, se rehúsa a tratar la particularidad de cada una de nuestras vidas de un modo no igualitario. En tal medida, la democracia especifica una cierta gramática de lo político, determinada

23 Véase SEARLE (1979), pp. 16 ss. Acerca del carácter (ilocutivamente) declarativo de las adscripciones de agencia, en detalle MAÑALICH (2012), pp. 682 ss.

24 Al respecto BUTLER (2014), pp. 48 ss., quien acertadamente observa: “Si lo que está en juego al proclamar la soberanía popular es la capacidad de acción plural, entonces no hay manera de «mostrar» esta verdad por afuera de la representación plural e invariablemente conflictiva que llamamos autoconstitución”.

25 MARX (1971), p. 292.

26 Véase MAÑALICH (2014), pp. 157 ss., 164 ss.

27 BADIOU (2014), p. 12.

28 MAÑALICH (2014), pp. 161 ss.

29 BADIOU (2005), p. 92.

por la circunstancia de que toda enunciación de una situación *qua* situación política ha de ser formulada por medio de un operador de cuantificación universal: en una democracia, el lenguaje de lo político es el lenguaje en el cual, siempre que se habla, se pretende hablar a nombre de *todos*, esto es, a nombre del pueblo.

Pero esto último sugiere que la democracia no es la simple conjunción de una forma de Estado y una forma de sociedad, sino más bien la marca de una implicación recíproca entre ambas. Para que tenga sentido la idea de que, en una democracia, hablar políticamente consiste en entablar una pretensión de hablar a nombre del pueblo, es esencial que se encuentre descartada toda invocación no *representacionalmente mediada* del pueblo como unidad a cuyo nombre se habla. Semejante apelación no mediada es lo que subyace, empero, a la ilusión propiamente totalitaria de una identificación homogénea y transparente del “pueblo-como-uno”, en cuanto unidad sustancial.³⁰ Pues como observa Badiou: “Habrá que desconfiar de la palabra «pueblo» [...] cuando va seguida de un adjetivo”.³¹ Democráticamente, la expresión “pueblo” solo puede exhibir el estatus de un *significante vacío*, cuyo objeto de referencia es necesariamente contingente.³² Y puesto que la democracia existe en la medida en que el pueblo ocupa el lugar del único titular del poder subjetivo sobre el poder objetivo de la organización, que el pueblo sea el referente de un *significante vacío* se traduce en que, al interior de un Estado democrático, el lugar del poder haya de transformarse en un lugar vacío.³³

Lo anterior quiere decir, siguiendo aquí a Claude Lefort, que sería insuficiente caracterizar el poder democráticamente constituido como un poder impersonal. Pues la “operación de la negatividad”, asociada a la destrucción del poder personal del monarca como encarnación de la representación de la “sustancia de la comunidad”, significa, al mismo tiempo, una instauración de libertad política: existe libertad política en la precisa medida en que el poder se transforma en, y se preserva como, democrático; esto es, como un poder que pertenece a nadie en particular.³⁴

IV

Ahora bien, es sobre este trasfondo que cabe determinar el *locus* democrático específico que corresponde al reconocimiento constitucional de derechos que, en cuanto consagrados en la constitución *qua* ley fundamental, han de exhibir el estatus de derechos *fundamentales*. A este respecto, la contribución capital de Lefort consiste en su análisis de la expresividad política de tal consagración, que él reconstruye en

30 Véase LEFORT (1988), pp. 12 ss., 19 ss.

31 BADIOU (2014), p. 10.

32 LACLAU (2005), pp. 101 ss.

33 LEFORT (1988), pp. 16 ss.

34 LEFORT (1988), p. 27.

referencia al texto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, producido en la Francia revolucionaria de 1791: “la formulación de los derechos del hombre al cabo del siglo XVIII estuvo inspirada en una demanda por libertad que destruye la representación del poder como estando por encima de la sociedad y como poseyendo una legitimidad absoluta”.³⁵

Así, la consagración constitucional de una carta de derechos significa, ante todo, “la emergencia de un nuevo tipo de legitimidad y de un espacio público”, de los cuales no es posible dar cuenta si los derechos de cuya consagración se trata son entendidos como nada más que “derechos individuales”. Pues en este último caso, la democracia queda reducida a una relación entre el Estado y el individuo.³⁶ A este respecto, es especialmente importante que Lefort observe que, a pesar de estar formulados en el lenguaje de “derechos naturales, inherentes a la naturaleza humana”, en la consagración de esos derechos se actualiza una reinterpretación de nociones tales como “soberanía”, “nación”, “autoridad”, “voluntad general” y “ley”, las cuales quedarían situadas más allá de cualquier posible apropiación.

Esto nos lleva a la pregunta que preside este panel: ¿cuáles son los derechos que una nueva Constitución que el pueblo de Chile pudiere darse a sí mismo tendría que consagrar como fundamentales? En lo concerniente a la significación que ello pudiera tener a propósito de la dialéctica entre libertad e igualdad, mi respuesta sería la siguiente: no importa demasiado cuáles sean esos derechos, ni cómo se encuentren específicamente consagrados; lo que importa, más bien, es que la práctica política que haya de desplegarse a partir de las nuevas bases constitucionales impida la privatización del espacio de legitimidad que la consagración de esos derechos tendría que establecer. Pues como sostiene Lefort:

El rasgo distintivo de la democracia es que, mientras inaugura una historia que [deroga] el lugar del referente desde el cual la ley alguna vez derivó su trascendencia, por esa vía ella no hace el derecho inmanente dentro del orden del mundo, ni, bajo el mismo criterio, confunde el imperio del derecho con el imperio del poder. Ella hace del derecho algo que, mientras es siempre irreducible al artificio humano, confiere significado a la acción humana solo a condición de que los seres humanos lo deseen, de que lo entiendan como la razón de su coexistencia y como la condición de posibilidad de su juzgar y ser juzgados. [...] En otras palabras, la democracia moderna nos invita a reemplazar la noción de un régimen gobernado por leyes, de un poder legítimo, por la noción de un régimen fundado sobre la legitimidad del debate acerca de qué es legítimo y qué

35 LEFORT (1988), p. 31.

36 LEFORT (1988), p. 30.

es ilegítimo.³⁷

Y como Lefort mismo lo hace explícito, la legitimidad de este debate acerca de lo que es legítimo e ilegítimo presupone que, a su respecto, “nadie puede ocupar el lugar de juez supremo”.³⁸ Supongo que es suficientemente obvio que esto tendría que valer, sin cualificación alguna, respecto de cualquier individuo, grupo o cuerpo institucional, incluido aquel que pudiera llevar por nombre “Tribunal Constitucional”. La desactivación de un foro especial que, como sucede tratándose de nuestro actual Tribunal Constitucional, reclama la posición de juez supremo en el debate acerca de qué es legítimo y qué es ilegítimo, tendría que ser un objetivo primordial de nuestro futuro esfuerzo constituyente.

Bajo una constitución democrática, los derechos consagrados como fundamentales son expresivos de una identidad autoatribuida por quienes se reconocen a sí mismos como titulares de los derechos así declarados.³⁹ En tal medida, lo que está en juego en su especificación es la pregunta por el estatus colectivamente compartido por todos y cada uno de quienes son aludidos cuando se habla, políticamente, a nombre del pueblo. Y en la anticipación del proceso constituyente en cuyo marco esa autointerpretación tendría que producirse, no creo que dispongamos de un consejo más certero y preclaro que el que nos legara el Presidente Salvador Allende, plasmado como prólogo al texto constitucional que el Gobierno de la Unidad Popular se disponía a proponer al país, en el año 1973: “Que el pueblo por primera vez entienda que no es desde arriba, sino desde las raíces mismas de su propia convicción de donde debe nacer la Carta Fundamental que le dará su existencia como pueblo digno, independiente y soberano”.⁴⁰

Bibliografía

ALLENDE, Salvador (2013): “Prólogo”, *Constitución Política chilena de 1973. Propuesta del Gobierno de la Unidad Popular*, Sangría, Santiago.

ATRIA, Fernando (2013): *La Constitución tramposa*, LOM, Santiago.

BADIOU, Alain (2005): *Metapolitics*, Verso, Londres /Nueva York.

____ (2014): “Veinticuatro notas sobre los usos de la palabra «pueblo»”, AA.VV., *¿Qué es pueblo?*, LOM, Santiago.

37 LEFORT (1988), p. 39.

38 LEFORT (1988), p. 41.

39 LEFORT (1988), pp. 37 ss.

40 ALLENDE (2013), p. 7.

BUTLER, Judith (2014): “«Nosotros el pueblo». Apuntes sobre la libertad de reunión”, AA.VV., *¿Qué es pueblo?*, LOM, Santiago.

HELLER, Hermann (1968): *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México D.F.

KELSEN, Hans (1960): *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Viena.

LACLAU, Ernesto (2005): *On Populist Reason*, Verso, Londres/Nueva York.

LASSALLE, Ferdinand (2005): *¿Qué es una Constitución?*, Temis, Bogotá.

LEFORT, Claude (1988): *Democracy and Political Theory*, Polity Press, Cambridge.

MAÑALICH, Juan Pablo (2010): *Terror, pena y amnistía*, Flandes Indiano, Santiago.

_____ (2012): “El concepto de acción y el lenguaje de la imputación”, *DOXA*, N° 35.

_____ (2014): “¿Democracia liberal o libertad democrática?”, *Estudios Públicos* N° 134.

MARX, Karl (1971): *Frühe Schriften*, Cotta Verlag, Estútgart.

SEARLE, John (1979): *Expression and Meaning*, Cambridge University Press, Cambridge.

_____ (2010): *Making the Social World*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York.