

PROGRAMA DE CANDIDATURA PARA LA CONVENCION CONSTITUCIONAL

JAIME BASSA MERCADO

Introducción

La actual Constitución ha sido un obstáculo para canalizar y prevenir el malestar social, argumenta el autor de esta columna. Ella ha impedido cambios sociales significativos y, además, consagra una forma de relaciones sociales marcadas por la mercantilización de los derechos. Para salir del conflicto actual, es fundamental que la nueva Constitución dé paso a nuevas estructuras de poder social que no estén marcadas ni por la mercantilización de la vida, ni, sobre todo, por la concentración del poder, pues es esta concentración la que da paso al abuso de poder.

El 18 de octubre marca un hito político y social que ha suspendido la normalidad y nos ha convocado a abordar una serie de materias postergadas durante, al menos, los últimos treinta años. Entre las cuestiones que (re)emergieron con una fuerza inusitada, destaca la demanda por una nueva Constitución. Considerando que el proceso constituyente, ahora sí, se encuentra en marcha, me parece fundamental empezar a pensar cómo los contenidos de la nueva Constitución debieran responder al fondo de las demandas sociales que protagonizan este llamado “estallido social” y, así, contribuir a que nuestra convivencia democrática no vuelva a estar caracterizada por la acumulación de malestar social.

1. Derechos fundamentales

En la actualidad, el ejercicio de los derechos todavía está marcado por las opciones políticas y normativas plasmadas en la Constitución desde 1980, especialmente en el artículo 19, que enumera los derechos que cuentan con protección constitucional. A pesar de todas las reformas que tiene el texto constitucional desde 1989, este artículo se mantiene, prácticamente, en su versión original, sin reformas estructurales; esto es particularmente importante respecto de los llamados derechos sociales (salud, educación, trabajo, vivienda, seguridad social), pues han sido estos derechos los que han estado en el centro de las movilizaciones sociales de las últimas décadas, dada la debilidad estructural de su garantía

por parte del Estado y su provisión mercantilizada a través de empresas privadas. Se trata de derechos cuyo ejercicio no solo se encuentra radicalmente mercantilizado, sino que está marcado por la acumulación y concentración del poder político y social: el sistema de capitalización individual de las AFP y la forma de explotación del agua en clave propietaria sirven como ejemplos para respaldar esta afirmación. Detrás de cada uno de estos derechos, especialmente de la forma en que el ordenamiento constitucional condiciona su ejercicio, se traban convivencias y se generan relaciones sociales marcadas por relaciones de poder político.

Una serie de demandas sociales se ha hecho presente en los últimos treinta años, demandas que se articulan contra determinada configuración de nuestra convivencia social, las que no solo no han sido suficientemente satisfechas por la institucionalidad, sino que han sido, siempre, enfrentadas con diversos grados de represión estatal. Salud, educación, trabajo, seguridad social, medio ambiente, agua, pueblos originarios, vivienda, igualdad entre hombres y mujeres, identidad sexual y de género, solo por mencionar algunas, han configurado una cierta forma de agenciamiento político del pueblo que reivindica otra forma de convivencia social, una que no esté marcada por las opciones neoliberales del modelo de sociedad, impuesto hace más de cuarenta años. La nueva Constitución debe garantizar estos derechos y generar las condiciones institucionales necesarias para una protección efectiva e inclusiva de todos ellos y un desarrollo sostenible de la sociedad, que integre a todos los sectores sociales que hoy se encuentran en condiciones de postergación estructural y garantice una protección del medio ambiente que sea coherente con el ejercicio de dichos derechos.

Las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales (por ejemplo, el derecho a la educación), así como las leyes que las desarrollan y regulan su ejercicio (por ejemplo, la regulación del sistema escolar o del acceso y financiamiento de la educación superior, así como el rol que le cabe al Estado en garantizar su ejercicio), atraviesan las condiciones bajo las cuales accedemos a aquellos derechos que cumplen un papel muy importante para nuestra cotidianeidad: salud, trabajo, seguridad social, agua, educación. Lo propio ocurre con aquellos derechos que la Constitución no reconoce (como es el caso de la vivienda), con lo

que se evade la responsabilidad estatal en su garantía y protección y se entrega su provisión, simplemente, al mercado. La nueva Constitución debe garantizar el carácter universal de los derechos fundamentales, tanto en su titularidad como en su ejercicio.

Asimismo, la Constitución debe proteger y reconocer los derechos de una serie de sujetos que se encuentran en condiciones de postergación estructural, a pesar de contar con reconocimiento por parte de los tratados internacionales. Entre ellos destacan niños, niñas y adolescentes, pueblos originarios, personas con discapacidad, migrantes, mujeres y disidencias sexuales. La falta de reconocimiento y garantía constitucional de estos derechos consolida verdaderos criterios de exclusión de la ciudadanía que marginan a importantes sectores de la sociedad, los que deben ser superados. Tanto el catálogo de derechos como la estructura orgánica del Estado deben ser diseñados incorporando y articulando las perspectivas que han surgido como demandas sociales a lo largo de los últimos años, especialmente en materia de género, plurinacionalidad y participación ciudadana. La nueva Constitución no puede ser ajena al contexto político y social en el cual se desarrolla la discusión constituyente y debe contribuir al cumplimiento de dos objetivos complementarios: reflejar la realidad social del país y proyectar las condiciones para su desarrollo económico, político y cultural futuro.

2. Estructuras de poder político

Es necesario pensar una nueva Constitución supone asumir el desafío de construir nuevas formas jurídicas para las estructuras de poder político, tanto en el Estado como en la sociedad: nuevas normas para configurar el poder político en el Estado (equilibrando el poder entre Presidente de la República y Congreso Nacional, estableciendo mecanismos internos y externos de control efectivo al poder que ejercen los órganos del Estado, desconcentrando la distribución territorial del poder y fortaleciendo los gobiernos locales, entre otras) y nuevas normas para la configuración del poder político en la sociedad (derechos sociales no mercantilizados, garantía efectiva del medio ambiente y el fin de las zonas de sacrificio, igualdad de derechos efectiva entre hombres y mujeres, entre la población mestiza y los pueblos originarios, entre otras).

Asimismo, toda institución que ejerza poder debe estar sometida a la Constitución y a la ley, para lo cual la nueva Constitución debe contemplar los mecanismos institucionales necesarios para controlar el ejercicio del poder. La articulación de controles políticos, jurídicos y sociales será pieza fundamental para garantizarle a la ciudadanía el debido equilibrio entre los poderes del Estado y su pleno sometimiento a la ley, especialmente respecto de las fuerzas de orden público.

Finalmente, en tanto establecen la forma jurídica del poder político, las constituciones contienen una serie de normas destinadas a limitar su ejercicio, especialmente en el plano institucional. Junto a esta dimensión de controlar y limitar el ejercicio del poder por parte de los órganos del Estado, es fundamental que la nueva Constitución incorpore los mecanismos institucionales necesarios para fomentar y garantizar la participación ciudadana y, en especial, para habilitar el ejercicio del poder por parte del pueblo. Ello supone implementar instituciones destinadas a mejorar la representación democrática (del tipo iniciativa popular de ley o referéndum derogatorio y revocatorio), junto a mecanismos que habiliten la participación ciudadana propiamente tal. El principal espacio institucional donde deberán implementarse estos mecanismos de participación es el gobierno local, pues la municipalidad constituye la primera línea de contacto entre el pueblo y la institucionalidad pública. Es en este nivel donde la administración de lo común contribuirá a habilitar el ejercicio del poder político por parte de las comunidades locales, mejorando la participación ciudadana y la calidad y fuerza de la propia democracia.

3. La cultura como bien público y derecho humano

La nueva Constitución debe reconocer el valor de las artes, las culturas y el patrimonio en la construcción de una sociedad democrática y, en especial, en la vida de las personas, en atención a su contribución para una convivencia democrática y tolerante. Este reconocimiento debiera verificarse en un doble sentido: generando las condiciones para mejorar las condiciones de acceso a la cultura, las que son muy desiguales en la sociedad; una definición constitucional en que se les reconozca su valor público permitiría orientar la

definición e implementación de las políticas públicas adecuadas. Asimismo, la cultura no se agota en su dimensión individual, pues tiene una dimensión colectiva que debe ser reconocida y protegida por la Constitución, cuya finalidad no se reduce a la judicialización de su ejercicio individual, sino que va más allá, pues debiera garantizar las condiciones materiales e institucionales que permitan una participación efectiva de la vida cultural del país a todos los sectores de la sociedad.

El reconocimiento constitucional que explicita y proteja el carácter de bien público de las artes y las culturas permitiría establecer con claridad el deber del Estado de garantizar las condiciones necesarias para el desarrollo de las distintas expresiones artísticas y culturales, dejando atrás la lógica competitiva y concursal característica del actual Estado subsidiario. La sociedad no es el resultado de la sola agregación de individuos. Ella responde a la articulación de distintas formas de convivencia política y social, que reflejan la diversidad constitutiva de una sociedad plural y democrática. Las artes y las culturas cumplen un papel fundamental en la representación simbólica de esa realidad, en cómo nos entendemos a nosotras mismas como personas, en la identificación de las características, límites y posibilidades de nuestra convivencia. Por estas razones, la Constitución debiera reconocer explícitamente su valor, precisamente por el impacto que las artes y las culturas tienen en la construcción de una sociedad democrática, una sociedad que no se limite a tolerar pasivamente la diferencia, sino que la valore positivamente y aprenda de ella. Desde mi perspectiva, se trata de un pilar fundamental para la efectiva garantía de la igualdad ante la ley, donde la valoración de las diferencias sociales, así como su representación crítica, cumple un papel fundamental.

4. Defensoría Popular

Una defensoría popular es una pieza fundamental para que la nueva Constitución contribuya en el desafío de construir una sociedad justa, centrada en la dignidad de las personas y en la efectiva protección de sus derechos. Sabemos que el contenido del catálogo de derechos fundamentales no es neutro desde una perspectiva política, por el impacto que tienen los derechos en la configuración de las relaciones sociales y de poder de sus titulares. Pero no

basta con la declaración constitucional para garantizar su ejercicio, pues las condiciones económicas y sociales afectan muy significativamente dicha garantía. Junto con el reconocimiento constitucional de los derechos es indispensable incorporar mecanismos institucionales diseñados para proteger a las personas ante vulneraciones en su ejercicio y que permitan generar las condiciones necesarias para garantizar la universalidad de los derechos.

En este sentido, la parte orgánica de la Constitución también debe ser pensada desde una perspectiva de derechos, en orden a generar instituciones y mecanismos que garanticen su ejercicio. Los tribunales seguirán cumpliendo una función muy importante para hacer frente a vulneraciones individuales, pero se necesita una institucionalidad distinta cuya finalidad sea velar por las condiciones institucionales que permitan un ejercicio universal de los derechos. Así, una defensoría popular, autónoma y con mecanismos concretos de participación ciudadana, podría realizar una contribución muy significativa. Una institución descentralizada, dotada de iniciativa para presentar proyectos de ley en materias de derechos fundamentales y acompañar la tarea legislativa, con legitimación activa para iniciar procesos judiciales ante vulneraciones de derechos (individuales y colectivos) y con atribuciones para coordinar el trabajo de las distintas defensorías que ya existen en el país. Debemos pensar y diseñar un sistema integrado de protección constitucional de los derechos fundamentales (tanto individuales como colectivos), donde instituciones tales como los tribunales, el legislador y la defensoría popular cumplan tareas complementarias.

5. Derechos sociales

El actual diseño y reconocimiento constitucional de los derechos sociales afecta directamente en la configuración de las condiciones materiales de existencia, donde se verifica el ejercicio de estos derechos. Desde la perspectiva de las estructuras de poder de una sociedad, no es políticamente neutra una desprotección del derecho al trabajo o a la educación, en especial si es acompañada de una sobreprotección de la libertad de emprendimiento privado, porque da paso a condiciones inequitativas para su ejercicio, situando a uno de los sujetos –individuales o colectivos– que ejerce dichos derechos en una posición subalterna respecto del otro. Desde

esta perspectiva, la Constitución y las leyes sectoriales respectivas cumplen un papel fundamental en la configuración de la sociedad, el que no puede ser desatendido en un proceso constituyente que está llamado, precisamente, a pensar formas alternativas de organización política y social.

Detrás de todos los derechos hay conflictos sociales que han sido canalizados institucionalmente a través de su garantía constitucional; conflictos que aún dan forma a las sociedades contemporáneas, pues la forma en que son regulados jurídicamente incide en las condiciones de ejercicio de estos derechos y, con ello, en las condiciones materiales de existencia de la población. Las constituciones de los últimos siglos son respuestas políticas a estos conflictos sociales; la Constitución de 1980 no es la excepción. Desde la perspectiva de las estructuras sociales y el reparto del poder en la sociedad, el desbalance en la protección constitucional de los derechos fundamentales genera condiciones sociales desiguales para su garantía, lo que se traduce en un desigual ejercicio de estos derechos y, en consecuencia, del poder.

La pretendida garantía de una titularidad universal de los derechos sociales debe traducirse en una regulación constitucional de las condiciones políticas, sociales e institucionales necesarias para garantizar su ejercicio universal. La discusión constituyente no puede limitarse a la dimensión individualista de los derechos sociales, empantanada en las reglas para su justiciabilidad o su financiamiento. La potencia transformadora de una nueva Constitución radica, precisamente, en la posibilidad de configurar una nueva distribución del poder político en la sociedad; es lo que las constituciones hacen, regular jurídicamente el ejercicio del poder. Desde la perspectiva de los derechos sociales, eso significa garantizar su ejercicio individual tanto como su dimensión propiamente social, equilibrando la protección constitucional respecto de otros tipos de derechos, a la vez que generando condiciones equitativas para el ejercicio del poder en la sociedad.

Un ejemplo: educación. Como consecuencia de una regulación constitucional y legal que concibe la educación como un bien de consumo individual, se ha dado paso a formas institucionales de segregación social, funcionales a la concentración del poder (del capital

económico y cultural). Es posible pensar la educación desde su función pública, como un espacio de integración y cohesión social y no de segregación ni de lucro. Un proceso constituyente es el momento ideal para hacerlo.

6. Justicia constitucional

Es fundamental delimitar el ámbito competencial de la justicia constitucional con mayor precisión, tanto en lo relativo al control de constitucionalidad de las normas como en la protección de los derechos fundamentales. Antes de pensar en la continuidad del control de constitucionalidad concentrado en un Tribunal Constitucional, es necesario diseñar de forma orgánica e integrada el sistema constitucional de protección de los derechos de las personas, articulando las competencias de la judicatura ordinaria con la implementación de una Defensoría del Pueblo. De existir un órgano tipo tribunal constitucional, es imprescindible contemplar un estatuto jurídico con los deberes y responsabilidades para el ejercicio del cargo, junto a mecanismos que permitan hacer exigible su responsabilidad institucional, así como causales objetivas de impugnación y recusación, para garantizar la imparcialidad de la institución.

Todo sistema de control de constitucionalidad de la ley debe contemplar mecanismos de revisión de las decisiones que traban un diálogo institucional con el Legislador, especialmente para evitar la politización del control. La ley cuenta con la presunción de constitucionalidad que emana del carácter representativo del órgano de representación popular que la redacta, así como de los procedimientos que garantizan la deliberación democrática. Este factor debe ser considerado en todo sistema de control de constitucionalidad, que asuma la vigencia de principios tales como la deferencia razonada, la presunción de constitucionalidad y la no justiciabilidad de las cuestiones políticas. La justicia constitucional puede cumplir funciones destinadas a garantizar el respeto por las formas jurídicas e institucionales del diseño normativo; pero en ningún caso puede asumir funciones políticas que reemplacen las decisiones normativas de los órganos democráticos.

7. Descentralización y estructura territorial del Estado

Uno de los principales objetivos de las Constituciones es organizar jurídicamente el ejercicio del poder político y uno de los modos para hacerlo es la definición de la estructura territorial del Estado. El centralismo que caracteriza a nuestro país es agobiante, pues genera condiciones demasiado desiguales para el ejercicio de los derechos de las personas y para el desarrollo económico y cultural equilibrado. La regionalización impuesta en 1974 no ha dado los resultados esperados, precisamente porque no significó distribución de poder político hacia las comunidades locales y regionales, sino simplemente un rediseño administrativo del poder central. Es fundamental que la nueva Constitución establezca las bases que permitan superar el lastre del centralismo, a través de un diseño territorial y competencial que permita una efectiva distribución del poder político, económico y social, así como una participación incidente de la ciudadanía en la marcha de cada región y territorio.

Una descentralización efectiva y un empoderamiento real de la ciudadanía permitiría abordar de mejor forma los desafíos en otras materias, pues permitiría involucrar a la ciudadanía y acercar las decisiones de gestión y de diseño estratégico a los territorios, que hoy dependen de las directrices y objetivos políticos definidos en la capital. Esa distancia física se plasma en la imposibilidad de las comunidades para incidir y protegerse de efectos tan nocivos como la contaminación, precisamente porque las decisiones las toman personas que no la viven. Los puertos, por ejemplo, son un pilar fundamental para el desarrollo económico y social de la región y de las ciudades que los alojan y, sin embargo, un modelo de explotación privatizado obliga a que nuestros principales puertos compitan entre sí, perdiendo la posibilidad de pensar un desarrollo estratégico y coordinado entre ellos. La actividad portuaria no puede concebirse desligada de la realidad económica y social de la ciudad y de la región.

Viña del Mar, enero de 2021