

Simbolismo, legitimidad y protesta constitucional

Tomás de Rementería Venegas¹

*“El conflicto es el padre de todas las cosas, y el rey de todas,
a unos ha hecho dioses y a otros ha hecho hombres,
a unos ha hecho esclavos y a otros ha hecho libres”².*

Heráclito

Las constituciones poseen una fuerza extremadamente difícil de explicar, podríamos considerarlas casi mágicas. Es cierto que los juristas muchas veces caemos en lo que podríamos llamar el “fetichismo de la norma”, que nos lleva a una exacerbación de las virtudes e importancia de los textos normativos. Esto, sin embargo, en el caso de la Constitución, es una realidad evidente y no es una exacerbación leguleya. Como hemos visto en Chile los últimos meses, las sociedades en las que estas cartas fundamentales no son reconocidas como propias por la mayor parte de la ciudadanía no logran una coexistencia pacífica y armónica, llegando a niveles de conflictividad altamente elevados (como los que podemos verificar en Chile, leyendo cualquier encuesta sobre confianza

¹ Master en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales Universidad Paris 1, investigador del Instituto de Ciencias Jurídicas y Filosóficas, Universidad Paris 1.

² Brun, J. (1965). Héraclite ou le philosophe de l'éternel retour. *Philosophes de tous les temps*, vol. 17. Paris: Seghers, Coll.

en las autoridades o valoración de líderes políticos). En este caso, para ilustrar el ejemplo más allá de nuestras fronteras, debemos sumar otras situaciones de manifestación social, en las que el cambio constitucional ha sido una demanda primordial, así como en países tan diversos como Islandia, Argelia, Irak, Hong Kong, El Líbano o Francia. Es paradójico que algo no tangible, como toda norma jurídica, sea el motivo de una manifestación social y el emblema de un movimiento contestatario.

En efecto, debemos considerar que, en un mundo que superó las concepciones de legitimidad tradicional y personal de Max Weber, hemos llegado a un estadio en el cual lo único posible es la legitimidad racional, dada por el pacto constitucional bajo el cual se desarrolla el espacio social, deliberativo y político que sirve de validación del poder político. La ilegitimidad constitucional deriva en una implícita inexistencia societaria, en la que podrá existir una ley organizadora del Estado, pero no una Constitución propiamente tal, debido a la naturaleza inherente limitativa del poder, garantizadora de derechos fundamentales y democrática de la Constitución.

Sin duda, esta situación es particularmente grave. El carácter totémico de la Constitución es innegable, dado que genera la identidad del pueblo como sujeto jurídico y forja un espacio público vinculando a los ciudadanos a partir de sus garantías fundamentales (en el fondo, nos reconocemos como el otro y nos conectamos como partes del mismo Estado, porque aquel nos otorga los mismos derechos). Una deriva se produce debido a la desconexión forjada entre el Estado y el pueblo gobernado, ya que este tótem carece del respeto y el reconocimiento de su comunidad, por lo que el sistema de relaciones e identificaciones que debe ser construido en torno a él se derrumba o, lisa y llanamente, nunca se genera. En este caso, debemos considerar la criatura constitucional como un elemento vinculado al sentido mismo de la existencia humana y de la vida de los hombres en sociedad, expresando una visión global del mundo, a lo cual el jurista y politólogo francés Georges Burdeau llamó una «idea de derecho» (Rousseau, 1994, pp. 17-20), es decir, una representación del orden social deseable.

En suma, el desequilibrio social producido por la ilegitimidad del texto constitucional y la consiguiente inexistencia constitucional es mucho más que un problema jurídico; aunque su origen sea normativo, provoca efectos culturales, sociológicos, políticos e incluso psicológicos. Si a eso adicionamos el carácter contra mayoritario y de intereses totalmente minoritarios de las disposiciones de la carta fundamental chilena el efecto es aún más pernicioso.

Relacionado íntimamente con la idea de legitimidad constitucional, encontramos el derecho a la protesta y de resistencia a la opresión. Este derecho es el vehículo procedente que poseen las personas y los grupos de personas para resistir a la opresión generada por una Constitución ilegítima y constituye la fase previa indispensable de la formación de un consenso constitucional. Ciertamente, podemos señalar que los llamados “momentos constituyentes” tienen su origen y fase previa en la movilización social, mediante el uso de los métodos de protesta. Jason Frank califica como “momento constituyente” al episodio, no corriente, en que el alegato de hablar en nombre del pueblo tiene eco, se vuelve políticamente plausible y permite romper con los procedimientos de la política ordinaria sin perder el carácter de democrático (Heiss, 2016).

Es así como, históricamente, es mencionable la protesta social como desencadenante del fin del régimen del *Apartheid* en Sudáfrica, la descolonización del subcontinente indio o el fin de las dictaduras norafricanas al momento de la llamada “primavera árabe”, en todos esos casos evolucionando hacia nuevos órdenes constitucionales que consolidaron ese nuevo orden social deseable, promovido por la protesta sociopolítica. En el caso chileno, por el contrario, la protesta social sí consiguió forzar el fin de la dictadura cívico-militar de Pinochet, pero el nuevo gobierno democrático no fue capaz de dar una solución al problema de la legitimidad constitucional y más bien congeló el reclamo por una nueva carta fundamental que estaba en el origen del movimiento opositor al dictador. En esta monografía nos adentraremos en tres términos claves para comprender el origen y desarrollo de los textos constitucionales: la “legitimidad”, el “simbolismo” y la “protesta”,

ligados a la Constitución. El estudio de los términos antes expuestos nos ayudará a comprender de mejor forma los hechos sucedidos en Chile desde el 18 de octubre de 2019 y también será un insumo para el proceso de decidir la pertinencia y contenido de una nueva Constitución para Chile.

1. El simbolismo

La Constitución, antes de ser una ley o una norma, es ante todo un símbolo. En la modernidad marca el nacimiento de un Estado y constituye el elemento condensador y de identidad de los pueblos. Sin embargo, ese simbolismo no se agota ahí. Según el filósofo francés Emmanuel-Joseph Sieyès (y múltiples autores después de él), para que haya una Constitución es necesario perentoriamente que haya un pueblo; disentimos con la idea de este, porque aquí el pueblo es considerado como un elemento natural, una entidad que existe antes de la Constitución y que es la causa de este. No obstante, el aparente sentido común de esta idea no se condice con la fuerza creadora del Derecho en la construcción de la realidad política (Rousseau, 2010, pp. 31-36). Tampoco es seguro que corresponde a las actuales formas del pensamiento, estando impregnada con una lógica mecanicista y organicista, centrada en la doctrina de la causa y efecto de forma dogmática, afín a una época de excesivo culto a la causalidad, tributaria de la lógica aristotélica y la mecánica newtoniana.

Desde una lógica moderna, tomando como partida un pensamiento relacional y no efectista, llegamos a la conclusión que el pueblo llega ser tal a través de la redacción constitucional —así como un padre se convierte en tal con el nacimiento de su hijo y no por ser el causante de este— dicho eso, debe sostenerse que no es el pueblo quien forma la Constitución, sino que es la Constitución —y más precisamente el proceso constituyente— la que entrega su fisonomía al pueblo. Por lo tanto, de nuestro momento constituyente y una vez redactada la nueva norma fundamental saldremos siendo un pueblo distinto, pero uno en el cual nuestros elementos formativos no fueron impuestos por la fuerza, sino que consensuados colectivamente.

Esta construcción del pueblo por el Derecho imprime el notable simbolismo que posee la Constitución, alejándose de determinismos anteriores que establecían la existencia del pueblo a través de elementos raciales, étnicos, tradicionales e históricos. Hoy se habla de “patriotismo constitucional”, concepto creado por el filósofo alemán Dolf Sternberger y difundido por Jürgen Habermas y Jan-Werner Müller. Siguiendo este concepto, la Nación es construida desde una idea de vida conjunta, generada por un espacio público común establecido en las normas constitucionales y democráticas, imprimiendo en los ciudadanos lazos sociales y cooperativos relacionados con una idea política común (Velasco Arroyo, 2002, pp. 33-34).

En efecto, ese patriotismo constitucional no es posible avizorarlo en Chile, esto por dos factores claves. El primero, la actual norma fundamental no crea un espacio público que pueda ser base de discusión entre el poder político y la ciudadanía; el segundo, la ilegitimidad de origen de esta, que jamás fue adoptada por los ciudadanos ni sometida a un escrutinio minucioso por su sometimiento a una serie de trampas y cerrojos contra su modificación. Hoy, por primera vez, tenemos de cambiar el simbolismo negativo hacia uno positivo y dotarnos de un pacto social que construya un edificio constitucional que sirva como referente a nuestra identidad nacional.

2. La legitimidad

Para adentrarnos en el fondo de este sucinto estudio, resulta necesario revisar el concepto de “legitimidad” en su relación con el poder constitucional, dado que esta se constituye en la justificación de su ejercicio. La noción de “legitimidad” de una autoridad y del poder ejercido conforme a un derecho es tan antigua como la misma reflexión teórica sobre la política y la justicia. La legitimidad de las normas jurídicas expresa una concordancia o discordancia de estas normas —la Constitución, en el caso analizado— con un sistema de valores determinado.

Antiguamente, el concepto “legitimidad” se refería al cumplimiento de las normas de sucesión monárquica, es decir, hablábamos de la legitimidad del monarca. Durante la Edad Media se hace la distinción, por la escuela escolástica, entre el *usurpator*, que llega ilegítimamente al poder, fuera de la manera establecida, y el gobernante que, si bien es justo, su acceso al poder lo ejerce causando un grave perjuicio al bien común. Bartolo de Sassoferrato inscribe la terminología técnica de la distinción entre *Tyrannus ex defectu tituli* y *Tyrannus una ex parte exercitii* (De Sassoferrato, 1978, p. 398); por un lado, el ilegítimo de origen y, por otro, el ilegítimo en el ejercicio del poder. El teólogo español Francisco de Vitoria explicó que si un príncipe sin un título legítimo (*si principes, que no habent iustum titulum*) ocupaba la cabeza del reino, el reino se precipitaba en la ruina (De Vitoria, 1960, p. 824).

Autores como John Locke y John Milton introdujeron un concepto de “legitimidad”, clave en nuestros días: “*el consentimiento del gobernado*”. Este puede resumirse como que el poder estatal solo está justificado y es legal cuando es consentido por el pueblo o la sociedad sobre la que se ejerce. Milton, sobre el punto: “El poder de los reyes y de los magistrados es solamente derivado, transferido y comprometido, en la confianza del pueblo, al interés común de todos, que mantenimiento de este poder y no puede ser usurpado, sin violación de su derecho imprescriptible natural” (Milton, 1967, p. 4); esto, obviamente, es aplicable a las constituciones.

Si bien en nuestros tiempos, en la mayoría de los países del mundo, los reyes o no existen o son un organismo ornamental, la importancia de determinar la legitimidad de quien detenta la institución real ha sido transferida hacia definir la legitimidad de la Constitución. En efecto, como bien lo resalta el historiador polaco Ernst Kantorowicz (2020, p. 293), la institución del rey tenía dos caras: la persona del rey y la institución real; haciendo un paralelo actual, debemos considerar, por un lado, a nuestros gobernantes y representantes y, por otro, el texto constitucional, que es el instrumento que otorga la continuidad del poder político y sostiene el edificio estatal.

Siguiendo a Bartolo de Sassoferrato, por tanto, nuestra Constitución, aún vigente, posee un vicio grave de origen (haber sido establecida durante una dictadura, sin participación real del pueblo y mediante mecanismos arbitrarios) y, además, su ilegitimidad de ejercicio ha sido constante (la aplicación contra mayoritaria y expansiva que constantemente le ha dado el Tribunal Constitucional, así como la desconfianza institucional y los cerrojos que asfixian la voluntad popular). Este desajuste entre el elemento legitimador del pueblo, que se otorga a sí mismo su organización política fundando el Estado, y la imposición por la fuerza de un texto constitucional, es sin duda el elemento originario y fundante del movimiento de protesta sociopolítica del 18 de octubre de 2019.

Por su parte, según el estadounidense John Rawls, el ejercicio del poder político es plenamente adecuado cuando se ejerce de conformidad a una Constitución, cuyos elementos esenciales pueden ser aceptados por parte de todos los ciudadanos, libres e iguales, de manera sensata y a la luz de los principios e ideales admisibles para la razón común humana. Para él, la legitimidad está asociada a cómo las instituciones distribuyen los derechos y deberes fundamentales, y determinan la división de cargas y beneficios derivados de la cooperación social (Rawls, 1993). En el cuadro constitucional chileno resulta evidente verificar que se establece un sistema contrario a un reparto igualitario de cargas y beneficios, instaurando la dogmática económica neoliberal que constriñe toda posibilidad de aspiración igualitaria.

Asimismo, nunca ha existido en nuestro país el espacio deliberativo necesario para legitimar el texto constitucional. La ciudadanía no ha tenido espacios de participación en el origen del texto, pero tampoco en sus modificaciones; adicionalmente, el texto constitucional ha sido impotente en la generación de un espacio público poderoso; por el contrario, ha sido fuente de despolitización y destrucción de los espacios que existían. Por esto, resulta interesante recordar el proceso constituyente desarrollado por el segundo gobierno de Michelle Bachelet. Este fue, sin duda, el que abrió la puerta a la posibilidad de la discusión a gran escala de un nuevo texto constitucional

y puso en la palestra pública la discusión tanto acerca del mecanismo de reforma como de sus contenidos.

3. La protesta

Las constituciones no son textos inocuos o vacíos de contenido histórico que no se hacen cargo de su origen; son resultado de las luchas sociales y políticas que les dieron origen. Por esto, las protestas y manifestaciones sociales son parte de las ideas que sustentan un texto constitucional; los fundamentos filosóficos e ideológicos que dieron lugar al momento constituyente son un elemento implícito del nuevo orden constitucional, en palabras de Georges Burdeau:

La revolución implica la creación de un nuevo orden. La validez de este orden no es un efecto del éxito del movimiento revolucionario, que transformaba el hecho en derecho... se basa en un cambio de la idea de derecho dominante en el cuerpo social. Así como en tiempos pacíficos todo ordenamiento jurídico se basa en la idea de derecho aplicada por el gobierno regular, del mismo modo el levantamiento revolucionario se basa en una idea de derecho que compite la incorporada oficialmente en el Estado. (Burdeau, 1983, p. 202)

De ahí la importancia del derecho a la protesta en la construcción constituyente, porque sienta las bases para lo que podríamos denominar la “revolución jurídica” que implica el momento constituyente. De ahí que no sería posible, en una nueva Constitución para Chile, mantener o profundizar el modelo social y económico imperante sin violar la idea del derecho que ha convocado al momento constituyente.

Cuando hablamos de los textos constitucionales, la protesta se relaciona con un derecho inalienable, base misma del sistema democrático: el derecho a la resistencia a la opresión. En efecto, ya en el primer siglo antes de Cristo, en la China imperial, se reconocía el derecho a batallar contra un emperador que se volvía tiránico (Confucius, 1991,

p. 10). Como señalamos respecto de los reyes, al presente no existen emperadores, pero la existencia de constituciones de origen ilegítimo o tiránicas es una realidad que faculta al pueblo para activar su derecho a la resistencia a la opresión, oponiéndose al texto ilegítimo. Este derecho es inherente al conflicto subyacente entre gobernados y gobernantes de toda sociedad. Maquiavelo hablaba de dos deseos contrapuestos e irreconciliables: por un lado, el deseo de dominar y, por el otro, el de no ser dominado. Finalmente, ese conflicto engendra una explosión creativa, dando luz a las constituciones democráticas y legítimas que gobiernan el conflicto para hacerlo lo más justo posible, limitando el deseo de dominar y coartando el ámbito en el cual uno puede ser dominado (Ferrás, 2013, pp. 58-75).

En Chile, hemos observado que la población ha resistido a la opresión de un texto constitucional generado en dictadura y sin concurrencia de la ciudadanía a través de diferentes métodos, como la no violencia activa (el marcado de votos con la sigla AC en varias elecciones ha sido un ejemplo de especial éxito) o, recientemente, mediante la manifestación social masiva, especialmente desde el 18 de octubre. Siguiendo al constitucionalista americano Bruce Ackerman, un momento constituyente es ese especial momento en que la movilización ciudadana y de protesta social es tan intensa que aparece el llamado “poder constituyente”, que escapa de las decisiones políticas ordinarias y establece una idea del Derecho de carácter mucho más permanente y a través de un espacio de deliberación muchísimo más intenso. No sería exagerado pensar a las manifestaciones sociales de octubre de 2019 como la germinación de una semilla de cambio, plantada desde las protestas sociales del “movimiento pingüino” en 2006, regada y fertilizada por el “movimiento social universitario” de 2011, la que veremos si logra florecer luego de los plebiscitos constituyentes.

La protesta social ha construido la idea de un “nuevo Chile”, que se construye mediante un texto constitucional establecido en democracia y con la participación organizada de ese mismo movimiento de manifestación social. De hecho, el caso chileno establece un nuevo paradigma sobre la protesta social como vehículo de construcción de una

nueva realidad constitucional, al haber desencadenado la posibilidad de la realización del nuevo texto mediante de una asamblea constituyente de carácter paritario, proporcional y con participación de los pueblos originarios.

Conclusiones

A través de estos tres conceptos hemos analizado el peso de las constituciones y la importancia vital de su respaldo popular. La interdependencia entre “simbolismo”, “legitimidad” y “protesta social” construye el peso específico de estos textos fundamentales, y explica en gran parte la efervescencia social que hemos vivido desde el 18 de octubre de 2019.

Hoy, la crisis sanitaria por el covid-19 ha puesto en pausa la protesta; sin embargo, ha hecho salir a la superficie lo quebrada que se encuentra nuestra comunidad político-social. Efectivamente, hemos visto cómo la autoridad no es respetada y la desconfianza hacia las instituciones se ha intensificado; también, cómo el modelo socioeconómico inscrito en nuestra actual Constitución militante³ ha sido un lastre para el combate de los efectos de la pandemia, siendo inconstitucional según algunos, por ejemplo, la posibilidad de impedir que las empresas entreguen dividendos accionarios si se han acogido al plan de apoyo estatal de protección del empleo. Nuevamente, el conflicto pondrá de relieve la insuficiencia de nuestra actual norma constitucional.

El resultado del plebiscito constitucional, que finalmente tendrá lugar en octubre de 2020, confirmará o desmentirá nuestra idea de que en Chile estamos en un momento constituyente. Todo parece indicar que se ratificará el deseo social de los chilenos de dotarse de un nuevo texto constitucional que signifique, por fin, su autodeterminación como pueblo y como sociedad.

³ La Constitución del 80 milita en los valores del autoritarismo político, el cristianismo social y el *laissez-faire* neoliberal económico.

Finalmente, quisiera, a través de esta tribuna, exhortar al mundo de las ciencias y la ingeniería a ser parte fundamental en el debate constitucional que vendrá. Los juristas tenemos algunos deseos bastante nocivos, como monopolizar toda discusión constitucional y formalizarla *in extremis*. Sin embargo, se hace imprescindible que otros sectores profesionales, con un enfoque mucho más experimental y práctico, disputen ese territorio a los abogados y politólogos; históricamente, el aporte de las ciencias exactas al desarrollo normativo ha sido fundamental para este⁴ y, en este caso de crucial importancia, no debería ser la excepción.

Bibliografía

Brun, J. (1965). Héraclite ou le philosophe de l'éternel retour. *Philosophes de tous les temps*, 17. Paris: Seghers, Coll.

Burdeau, G. (1983). *Traité de science politique*, 3^a édition. Paris: L.G.D.J.

Confucius, P. M.G. (1991). *Doctrine de Confucius ou Les quatre livres de philosophie morale et politique de la Chine*. Paris: Classiques Garnier.

De Sassoferato, B. (1978). De Tyranno, en Antonio Truyol y Serra, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. T 1. Madrid: Alianza Editorial.

De Vitoria, F. (1960). De iure belli, en Francisco de Vitoria, *Obras de Francisco de Vitoria: Relecciones Teológicas*, Edición crítica del texto latino, versión española, por el padre Teófilo Urdánoz, O. P. Madrid: Ed. Católica (BAC).

Ferrás, G. (2013). Dominación y división social: el sentido del republicanismo en el Maquiavelo de Claude Lefort. *Estudios Políticos*, (43), 58-75. Recuperado de <https://revistas.udea.edu.co/index.php/estudiospoliticos/article/view/18210>.

⁴ Como la codificación, inspirada en el orden matemático y geométrico.

Heiss, C. (2016). Soberanía popular y “momento constituyente” en el debate sobre cambio constitucional en Chile. *Anales de la Universidad de Chile*, 0 (10). DOI:10.5354/0717-8883.2016.46028

Kantorowicz, E. (2020). *Les Deux Corps du roi. Essai sur la théologie politique au Moyen Âge*. Collection Folio histoire (n° 293). Paris (original 1997).

Milton, J. (1967). *The Prose of John Milton*. Ed. J. Max Patrick. New York: Doubleday.

Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.

Rousseau, D. (1994). Constitution et Conseil constitutionnel: Questions de Constitution. *La Revue Administrative*, 47(277), 17-20.

Rousseau, D. (2010) La construction constitutionnelle de l'identité des sociétés plurielles. *Confluences Méditerranée*, 73(2), 31-36.

Velasco Arroyo, J. (2002). Patriotismo Constitucional y Republicanismo. *Claves de la Razón Práctica*, 125, 33-34.