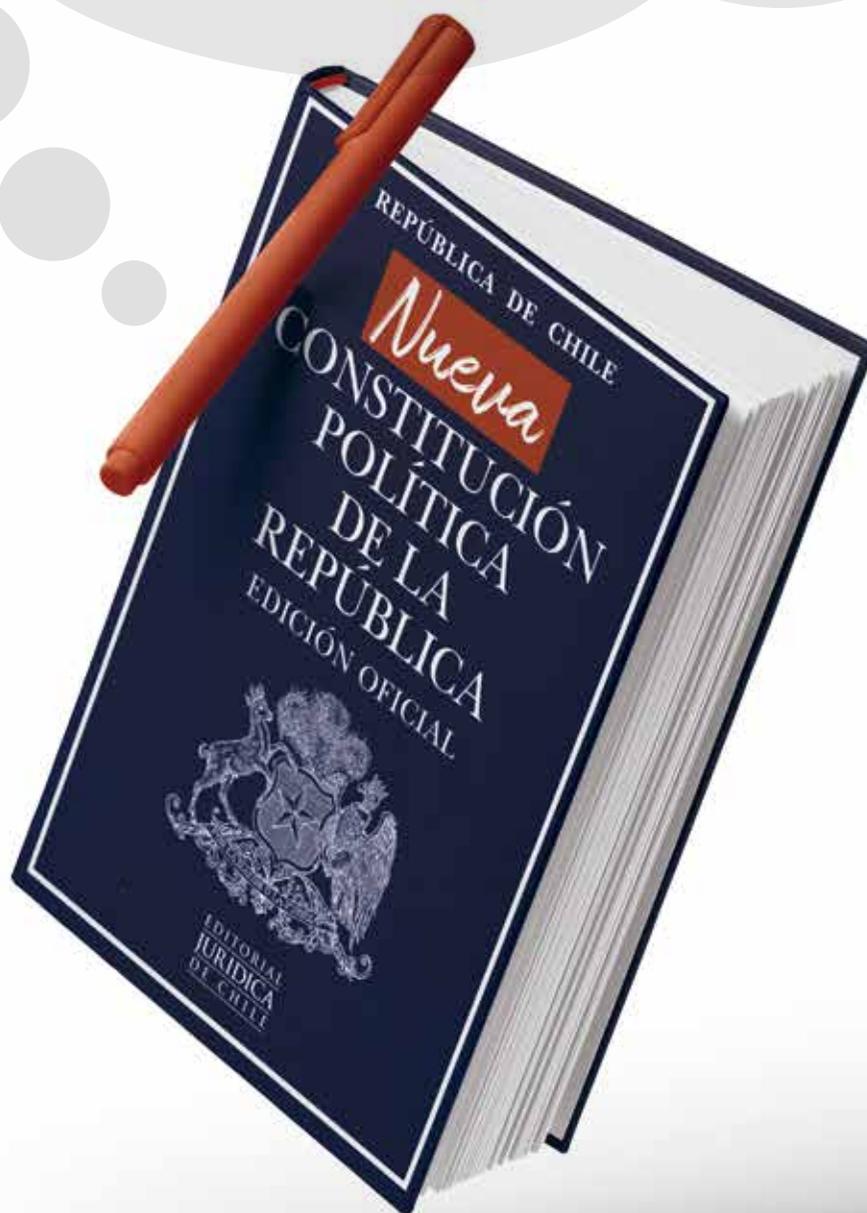


# Abriendo la Reflexión sobre el Proceso Constitucional

El Centro Interfacultades Lexen organizó conversatorio donde participaron dos abogados especialistas en la materia.

36



El Centro Interfacultades Lexen, formado en 2017 por las Facultades de Derecho y de Economía y Negocios de la Universidad de Chile, organizó el conversatorio “Hacia una nueva Constitución para Chile”, actividad en la que participaron como panelistas los abogados constitucionalistas Claudia Sarmiento, docente de la Universidad Alberto Hurtado, y Augusto Quintana, profesor de la Universidad de Chile.

En la instancia, los expertos abordaron su visión respecto del proceso constitucional que está iniciando el país, y los elementos que debiera considerar la nueva Carta Magna, en caso de aprobarse su redacción en el plebiscito de abril.

El Decano de la FEN, José De Gregorio, dio inicio al conversatorio afirmando que viene “una discusión larga que debiéramos tener en el tema constitucional, porque va a ser de los temas centrales. Si creemos o al menos queremos tener un ordenamiento que nos permita avanzar en muchas cosas que por años no hemos avanzado, obviamente va a ser clave la discusión constitucional”. Por ello, dijo, el Centro Lexen busca ser un aporte dentro del proceso con este tipo de actividades.

El economista Guillermo Larraín, docente de la FEN, agregó que “este proceso que se está iniciando en Chile, y del cual queremos ser parte constructiva, es súper importante para nuestra propia formación”.

## Política económica en la nueva Constitución

La abogada Claudia Sarmiento abrió la conversación invitando a la audiencia a reflexionar en torno a qué elementos de política económica deberían estar presentes en la Constitución de 2021. “Es una pregunta que hoy es indispensable. Tenemos una oportunidad que es única e histórica, de construir como sociedad cuál va a ser el juego de reglas que va a ordenar nuestra vida republicana y democrática, idealmente por los próximos 50 años”, dijo.

Abordó la génesis de la actual Constitución, enfatizando que “fue el dispositivo a través del cual se preservó y garantizó una visión refundacional y un modelo económico, político y social que determinó que quienes perdieron en las urnas el ‘89, pudieran mantener este andamiaje y someterlo a las reglas de la política”. Este modelo fue trasladado a una serie de disposiciones en el texto constitucional, donde, citando a Arturo Fermandois, se instalaron los principios de: libertad económica, subsidiariedad del Estado, derecho de propiedad privada, no discriminación económica arbitraria, disciplina del gasto fiscal, política monetaria independiente, reserva legal de la regulación económica y revisión judicial económica.

“Dado que la lógica que inspira nuestro derecho constitucional es una pirámide donde la Constitución está en la cúspide, es

la estructura y la fuente del resto de las normas. Por tanto, determina formal y materialmente qué normas van a ser legítimas y porque además los valores que promueve se acomodan con ella. Esta primacía ordinal de la Constitución debe resguardarse, y eso determina que la posibilidad de que haya disenso entre la norma de menor rango versus la Constitución tenga que ser eliminada, porque nuestro sistema exige una lógica de clausura. Por tanto, la Constitución nos ofrece un rango abierto pero acotado de respuestas posibles que, en lo práctico, limitan el ejercicio del poder político y limitan las respuestas que, en este contexto, excedan el marco del modelo económico neoliberal”.

La profesional agregó que “tenemos una visión jurídica hegemónica que hace una lectura de la Constitución, que además se liga con la intención de quienes la redactaron. Eso naturaliza el modelo económico neoliberal y hace que el orden público económico que se plasmó en la Constitución del 80, desde los ‘90 a esta parte, para muchos sea una materia que está fuera del ámbito de lo debatible, porque estaba blindada del sistema político, y continuaba blindada, hasta ahora, en el debate político”.

## El problema

La visión neoliberal, continuó Sarmiento, ha determinado que, por ejemplo, los derechos sociales a la salud, educación y previsión social sean vistos como derechos de opción para las personas, en el sentido de que está la posibilidad de escoger entre el sistema público o privado y no necesariamente acceder a un tipo determinado de prestaciones y, adicionalmente, le reconoce un derecho fundamental a los privados, en cuanto a tener un rol como actores económicos en la provisión de estos derechos fundamentales.

“El resultado es que la educación, la salud y las pensiones están entregados en buena medida a la capacidad que tiene el mercado de garantizar estos derechos sociales y, por lo tanto, de ser un ente que redistribuye”, expresó.

Volviendo a la pregunta inicial, respecto de qué elementos del orden público político económico en la Constitución se dejarían, la docente respondió que ella buscaría un modelo de normas que fuera mutuamente aceptable con independencia de la posición social en la que cada uno estuviese. “En lo personal, no eliminaría la propiedad privada y, por supuesto, daría garantías para el ejercicio de la libertad de empresa, pero no privaría nuevamente al Estado de la posibilidad de reglar de forma más enérgica la actividad económica, y no me imagino un Estado que no tenga un rol bastante más estratégico en la proyección de nuestra economía, porque además vamos a necesitar un Estado distinto para enfrentar desafíos como la crisis hídrica, el cambio

climático o la incorporación de la inteligencia artificial. Y por supuesto, necesitamos con apremio un Estado que sea capaz de redistribuir”, concluyó.

## Desde la perspectiva de la teoría de juegos

Por su parte, el abogado y docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile Augusto Quintana, partió diciendo que siempre ha sido partidario de que se redacte una nueva Constitución y, aunque muchos constitucionalistas lo querían también, hoy están un poco pasmados. “Debe ser porque hay carga emotiva ambiente que nos afecta a todos, pero también porque, cuando le preguntamos a un constitucionalista qué significa la función constituyente primaria, sabemos que estamos hablando de algo serio. Algo que sabemos que puede terminar muy bien pero también muy mal. Es un momento especial, crítico y de esperanza”, expresó.

El experto abordó el proceso constituyente desde la teoría de juegos, indicando que históricamente ha sido abordado como un juego no colaborativo. “Para comprender este juego, tengamos presente que el tema constitucional había sido, predominantemente desde el año 1973, enfocado como un juego no colaborativo, donde se produce un juego de suma 0, lo que gana uno es lo que pierde el otro. Durante 46 años, el juego constitucional ha estado marcado por esta lógica; por ende, es la madre de todas las batallas, es donde tengo una posición que quiero conservar. El acuerdo por la paz dio por primera vez un giro copernicano al juego constitucional. Comienza a dejar de ser un juego no colaborativo y pasa a ser colaborativo”, afirmó.

Siguiendo el análisis a través de la teoría de juegos, definió una constitución con el teorema de minimax de Von Neumann, pero en vez de ser construido sobre dos jugadores, se compone de múltiples jugadores que van a intervenir en una convención constituyente, cualquiera sea su tipo. “Éste es un primer cambio sustantivo y cualitativo; hasta ahora el tema constitucional siempre había sido de dos jugadores: los que tenían la posición dominante y los que queríamos arrebatárle parte de esa posición. Sin embargo, ahora sabemos que han emergido ene jugadores que van a intervenir en una asamblea o convención constituyente, y es minimax, porque se trata de maximizar la mínima posición aceptable para todos”.

## Derecho de propiedad

En el ámbito de la economía, Quintana hizo un razonamiento que calificó de “provocativo”, al preguntarse sobre el derecho de propiedad privada. En tal sentido, recordó que tal derecho no está consagrado en la Constitución de Estados Unidos sino

solo a través de una cláusula sobre takings, en España está en la Constitución pero no como un derecho fundamental, y en Chile no fue consagrado en la Constitución sino hasta 1925. “Durante 115 años no tuvimos derecho de propiedad en nuestros textos constitucionales (...) No pareciera ser, entonces, que el mero aseguramiento de un derecho es lo que asegura efectivamente su exigibilidad, tiene que ver con otras cosas”, enfatizó.

El docente agregó una mirada que incorpora la psicología al análisis del derecho y la economía, preguntándose si hoy existen más o menos derechos que hace 50 años. Ejemplificando con el área de la salud, donde el plan Auge ha significado un aumento de las patologías cuyo tratamiento está asegurado por el sistema, o en el ámbito de la educación, que ha ampliado su cobertura, la respuesta es que, cuantitativamente al menos, hay más derechos, pero la percepción de las personas es completamente distinta. “Hay más derechos pero no se ha incrementado de manera significativa la percepción de ser titulares de los mismos derechos. Se aumentan las patologías cubiertas, pero parece ser más distante la idea de pretender que las personas perciban que su derecho a la salud está efectivamente asegurado. Se han aumentado los niveles de escolaridad, sin embargo, la percepción es que estamos más distantes de un ejercicio efectivo de educación. No tiene que ver cómo se configura la norma a los efectos de que las personas inmediatamente posean la percepción de que sus derechos están efectivamente asegurados, hay intermediaciones que son las que están fallando. Este análisis psicológico tiene que ver, por tanto, con percepciones, emociones, expectativas, también con propensión a la contingencia y al riesgo, y con muchos aspectos que desde la sicología comienzan a cuestionar el ámbito de la economía y el derecho, y este guante hay que tomarlo”, aseguró.

Aludiendo a la marcha del millón de personas, señaló que fue un reflejo del desequilibrio en las pretensiones, expectativas y frustraciones que genera el sistema y que se han acrecentado y estimulado durante 30 años, donde ha quedado demostrada la incapacidad del sistema político, diseñado institucionalmente en la Constitución, para absorber ese conjunto de demandas que vienen desde el ambiente, procesarlas de una manera adecuada y así asegurar la sostenibilidad del sistema. “Un millón y medio de personas en Plaza Italia pusieron en jaque al sistema político, y lo que tenemos hoy es un sistema político incapaz de procesar las demandas. Está empezando a reaccionar y comienza a hablar de aprobar rápidamente proyecto de ley de pensiones, proyectos de ley de esto y lo otro, y todo parece ser insuficiente. Éste es el tema constitucional, hay un sistema político mal diseñado, al que hay que establecer significativas, importante y estructurales enmiendas que hacen necesaria una nueva Constitución”, concluyó.