





**Revista de Derecho**  
Universidad Finis Terrae  
**REFORMAS CONSTITUCIONALES**  
Segunda época año III, N°2-2015

**Comité Editorial:**

Enrique Navarro | Universidad Finis Terrae  
Miguel Schweitzer | Universidad Finis Terrae  
Rodrigo Barcia | Universidad Finis Terrae  
Roberto Salim-Hanna | Universidad Finis Terrae  
Fernando Gómez | Universidad Pompeu Fabra  
Jorge Baraona | Universidad de los Andes  
Mario Fernández | Universidad de Chile  
Juan Francisco Colombo | Universidad de Chile  
Luis Ortiz | Universidad de Chile  
Fernando Barros | Abogado  
Domingo Valdés | Universidad de Chile

**Diseño:**

Francisca Monreal

**Corrección de texto y estilo:**

Eduardo Guerrero

**Administración:**

Av. Pedro de Valdivia 1646

(56-2) 2420 7416

[www.uft.cl](http://www.uft.cl)

**REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD FINIS TERRAE | Segunda época, año III, N°2-2015**

Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae.

Las opiniones expresadas en los artículos que aquí se publican son de exclusiva responsabilidad de su autor y no representan necesariamente la opinión de los editores ni de la Universidad Finis Terrae.

La reproducción total o parcial de los artículos de la revista está prohibida sin la autorización del Director, con la excepción de citas y comentarios.

ISSN 0717-716X

Registro de propiedad intelectual N°286.573

Santiago de Chile

Año 2015

## ÍNDICE

- 7 Editorial
- 9 José Luis Cea Egaña  
    *¿OBSTINACIÓN EN EL PROCESO CONSTITUYENTE?*
- 23 Juan Colombo Campbell  
    ESTADO DE DERECHO. CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SU PROTECTOR JURISDICCIONAL Y GUARDIÁN
- 73 Mario Verdugo Marinkovic  
    *¿NUEVA CONSTITUCIÓN?*
- 87 Enrique Navarro Beltrán  
    *¿Es NECESARIA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN?*
- 125 Emilio Pfeffer Urquiaga-Felipe Lizama Allende  
    LA APROBACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES CHILENAS Y LA NECESIDAD DE UNA NUEVA CONSTITUCIÓN
- 157 Alberto Naudon del Río-Manuel José Navarrete Jara  
    PROCESO CONSTITUYENTE PROPUESTO POR EL GOBIERNO DE LA PRESIDENTA MICHELLE BACHELET: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL Y CONTINGENTE
- 169 Gastón Gómez Bernales  
    COMENTARIOS SOBRE EL PROCESO DE DEBATE CONSTITUCIONAL
- 183 Miguel Ángel Fernández González  
    REFLEXIONES ACERCA DEL PROCESO CONSTITUYENTE EN CURSO

- 207 Eugenio Evans-Sebastián Sichel  
EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL. PROPUESTA DE *CIUDADANOS*
- 217 Lautaro Ríos Álvarez  
LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y EL PROCESO CONSTITUYENTE
- 229 Francisco Zúñiga Urbina  
LA POTESTAD CONSTITUYENTE Y LA NUEVA CONSTITUCIÓN
- 253 ACTIVIDADES 2015

## EDITORIAL

La Presidenta de la República ha dado a conocer el cronograma del proceso constituyente tendiente a dar a nuestro país una nueva Constitución, para lo cual el futuro Congreso Nacional tendrá que decidir la fórmula procesal, sea una comisión bicameral, convención constituyente mixta, asamblea constituyente o plebiscito.

La primera etapa se iniciará con una fase de educación cívica y constitucional, dentro de lo cual parece conveniente recordar nuestro pasado constitucional y cómo surgieron nuestros principales textos.

En nuestra historia, la Constitución de 1833, preparada por una comisión de siete miembros, fue finalmente aprobada por un organismo denominado Gran Convención, que integraran 16 diputados y 20 ciudadanos ilustres. Cabe señalar que la elección de estos últimos se materializó sobre la base de una lista reservada que el Ministerio del Interior envió al efecto al Congreso Nacional. Dicho texto fue modificado a partir de los años setenta e incluso interpretado parlamentariamente después de la guerra del 91. Uno de los principales propósitos que tuvo el presidente Arturo Alessandri a su regreso en 1925 fue el de redactar una nueva Constitución que consagrara expresamente un régimen presidencial. Así, desechándose la posibilidad de una asamblea constituyente, se convocó a dos subcomisiones: una de las cuales estudiaría el texto a aprobar y la otra, el mecanismo de ratificación del mismo. En cuanto a este último aspecto, se impuso la tesis del Presidente en orden a plebiscitar el proyecto de reforma. El plebiscito se efectuó el 30 de agosto de 1925, siendo aprobado el proyecto presidencial. Sin embargo, del total de electores con derecho a sufragio, solo el 43,03 % dio su apoyo al texto respaldado por el Presidente, mientras que el 54,63 % acordó abstenerse, representado principalmente por los partidos Liberal Unido, Radical y Conservador. En ese sentido, no deja de ser sintomático el que aún en la década de los 40 se insistiera, por estos dos últimos partidos, en el restablecimiento del régimen parlamentario, lo que demuestra el grado de rechazo de las colectividades políticas mayoritarias al texto ya vigente.

La Constitución de 1980 fue estudiada por casi siete años. En dicho proceso participaron una Comisión de Estudio (integrada por juristas liberales, cristianos y laicos), el Consejo de Estado (presidida por el expresidente Alessandri) y la propia Junta de Gobierno. El texto fue plebiscitado el 11 de septiembre de 1980 y aprobado por el 67,04% de los ciudadanos. La falta de registros públicos motivó el rechazo y crítica justificada de algunos por su falta de legitimidad de origen.

En 1989 se pacta entre el gobierno militar y los principales partidos de oposición un conjunto de 54 reformas, plebiscitadas en 1989, aprobadas por el 85,7% de los electores, las que permitieron una transición pacífica a la democracia, liderada entonces por el expresidente Patricio Aylwin. Luego se efectuaron diversas enmiendas durante quince años.

Más recientemente, el 2005, se aprobaron reformas –eliminando los enclaves autoritarios– que comprendieron la casi totalidad del texto aprobado en 1980 y que fueron consensuadas en el Senado de la República y cuya relevancia llevó al expresidente Lagos a afirmar que por primera vez tenemos un “texto verdaderamente democrático”. Así las cosas, el texto constitucional vigente ha sido el más reformado de nuestra historia. Salvo el capítulo del Banco Central, la totalidad de los demás han sido objeto de enmiendas, las que alcanzan casi tres centenares. Poco o nada, entonces, queda del texto primitivo de 1980.

Se ha señalado que el actual texto no contemplaría mecanismos para elaborar una nueva Carta; sin embargo, toda reforma puede ser total o parcial. En Chile no existen cláusulas inmodificables como ocurre, por ejemplo, en Alemania. De hecho, el año 2005 se fijó un texto refundido y firmado por el presidente Lagos y su gabinete.

Debemos esperar que este proceso que se inicia sea fruto de un trabajo serio y reflexivo, que logre acuerdos perdurables, que tenga en consideración nuestra experiencia constitucional de dos siglos y, especialmente, la jurisprudencia protectora de los derechos fundamentales de nuestros tribunales, que se han materializado en miles de decisiones de nuestros tribunales superiores y en otras tantas del Tribunal Constitucional, a la vez que en las obligaciones asumidas por el Estado en los tratados internacionales suscritos.

Para profundizar estas materias, el presente número incluye once artículos de destacados juristas que abordan esta materia.

## ¿OBSTINACIÓN EN EL PROCESO CONSTITUYENTE?

## OBSTINATION IN THE CONSTITUENT PROCESS?

JOSÉ LUIS CEA EGAÑA<sup>1</sup>

**Resumen:** El presente artículo analiza el proceso constituyente en Chile y su conveniencia, considerando la realidad política, nuestra historia y la tradición constitucional.

**Abstract:** The present article analyzes the constituent process in Chile and its convenience, considering the political reality, our history and the constitutional tradition.

**Palabras clave:** Proceso Constituyente. Historia Constitucional. Populismo. Constitucionalismo.

**Keywords:** Constituent Process. Constitutional History. Populism. Constitutionalism.

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Católica de Chile.

## NOTA INTRODUCTORIA

Chile es el país con más larga y sólida trayectoria republicana en Latinoamérica. Esa premisa no puede silenciar, sin embargo, que nuestro país ha tenido tres interrupciones cruentas en la bicentenaria tradición de su democracia constitucional.

Siguiendo la historiografía conocida en el tema, puntualizamos que ha sido característica de tales quiebres institucionales la generación de cambios de gran magnitud. Efectivamente, en 1833 se fundó un nuevo régimen político, en 1891 fue entronizada la práctica del parlamentarismo en versión criolla y, en 1925, emergió la Carta Política singularizada por el presidencialismo más fuerte de América Latina. En esa estela, cabe agregar el golpe de Estado de 1973, secuela de la dictadura, durante la cual se implantó el Código Político de 1980.

Es claro que ninguna Constitución chilena ha sido estudiada, debatida, aprobada y puesta en vigencia con sujeción al procedimiento previsto en la Carta Política antecedente. Tal rasgo esencial no es extraño en el constitucionalismo de nuestro continente, pues tampoco se conoce país en que se haya obrado apartándose de lo dicho. Son equivocadas, por ende, las argumentaciones esgrimidas para justificar la instauración de constituciones con base en la potestad constituyente originaria, manifestada en asambleas o congresos constituyentes como los de Colombia en 1991 y Bolivia en 1996. Esas no pasaron de ser experiencias de regímenes que obraron de *facto*.

Sigue siendo inexplicable en nuestra América la confianza ingenua en la potencialidad mágica de las normas positivas para fundar instituciones, corregir costumbres descarrriadas, purgar vicios y formar individuos virtuosos. Sin indagar en los cimientos o raíces de la legalidad formal, los líderes en nuestros países agitan cambios estructurales carentes de la base necesaria para implantarlos y sostenerlos con éxito. ¿No se piensa, acaso, que toda transformación constitucional, especialmente si es revolucionaria o contrarrevolucionaria, adquiere el rasgo de un sismo de intensidad elevada que alterará el ordenamiento jurídico completo, sin quedarse en el reemplazo de los principios y preceptos fundamentales?

Consecuencia de los hechos enunciados es la inestabilidad de las instituciones, sean políticas o de otra índole. Simultáneamente, presenciamos la discontinuidad en la formulación y materialización de proyectos de desarrollo humano, sellados por los principios de libertad e igualdad, en paz y con justicia realmente

vividos. Pero las lecciones que arroja la experiencia no se aprenden en Chile ni en nuestra América, testimonio de lo cual es el proceso que vivimos, desde octubre del 2016, cuyos rasgos extra-constitucionales justifican calificarlo, con benevolencia pre-constituyente, es decir, informe, no vinculante y, en variados aspectos, de artificial.

## I. PRESENTE QUE DETERMINA EL FUTURO

Hoy Chile se halla comenzando a vivir, como hemos dicho, un proceso sin precedentes en nuestra tradición republicana. Es, desde luego, un *iter* que no se ajusta a los principios y normas de la Constitución y las leyes vigentes. Trátase de un asunto apenas bosquejado en el nivel programático de la *Nueva Mayoría* gobernante, adicionado en parte mínima de una organización esquemática dispuesta mediante el decreto que creó el *Consejo Ciudadano de Observadores*. Es, además, un curso de acción carente de definiciones esenciales en punto al método nomogenético que será aplicado y a los valores, principios y preceptos sustantivos que caracterizarán a la futura Constitución. El objetivo es, sin embargo, modelar una Carta Política que sea la *Casa de Todos*, rebasando las divisiones y antagonismos que nos han dominado durante casi dos siglos.

¿Por qué se quiere una Constitución nueva? ¿Para qué se empeñan en la consecución de esa finalidad quienes la sustentan? ¿No ha sido exitosa la recuperación de la democracia y el despliegue del humanismo en el último cuarto de siglo? ¿Domina en el proceso un ánimo preconcebido, de carácter ideológico, restaurador de convicciones estatistas colapsadas desde 1989 en el mundo y que han impuesto claves culturales diferentes de las heredadas medio siglo atrás? Más preguntas pueden continuar, por ejemplo, planteando la duda consistente en saber si el Gobierno tiene ya un anteproyecto de Constitución y lo que se hace es un cronograma planificado para socializarlo; o bien, qué papel desempeñará el Congreso Nacional, abocado a pronunciarse sobre ese eventual proyecto, si se lo somete aduciendo que se halla respaldado por una abrumadora mayoría ciudadana.

La respuesta, probablemente más oída, está en la clarificadora diferenciación, más que dos veces milenaria en el tiempo, entre la legitimidad de origen y la de ejercicio de la normatividad positiva, una y otra justificada o despreciada no siempre a la luz de hechos constatados y concretos.

Fluye de lo dicho que el proceso constituyente –o preconstituyente– en Chile no tiene un rumbo compartido. Por el contrario, la discrepancia es honda y tiende a complicarse. El cuestionamiento es más hondo en cuanto sabemos, por la encuesta CEP de julio-agosto del 2016, que el tema constitucional ocupa el 13º lugar en la ciudadanía como, asimismo, que la Presidenta de la República obtiene un 15% de aprobación a su gestión y que la coalición gobernante llega al 8% de reconocimiento entre los entrevistados.

Detengámonos brevemente en la explicación del asunto.

Observamos, desde luego, a quienes están comprometidos con la meta de una Constitución nueva y que descalifican a la Carta Política de 1980, o a la Constitución de Chile vigente, por haber sido fraguada en secreto en un grupo minúsculo durante la dictadura militar, estigma que se extiende hasta hoy aseverando que esa ilegitimidad original no ha sido sanada con las treinta y seis reformas hechas desde entonces. Opuesta es la respuesta que dan quienes valoran el progreso alcanzado en la legitimidad sustantiva de la Constitución, fundada en una transición encomiable desde la dictadura a la recuperación de la democracia, con vigencia del Estado de Derecho, el constitucionalismo y el progreso en el bienestar espiritual y material de toda la población.

El primero de aquellos diagnósticos desemboca en el rechazo de lo hecho desde veinticinco años atrás por cinco gobiernos sucesivos, motejándolos de continuismo, o de neoliberalismo abusivo, sostenido por consensos y pactos despreciables. El segundo de tales diagnósticos culmina en la evaluación positiva del diálogo que busca entendimiento, método con el cual ha ido siendo sustituido el neoliberalismo por una política social de mercado.

Ya hemos observado que la tensión entre ambas posiciones está en aumento. Se mantienen las incógnitas, por ende, siendo cada vez más claro que el Gobierno y la *Nueva Mayoría* que lo sostiene se hallan internamente divididos, siendo esta la causa que impide adoptar decisiones en el asunto y materializarlas.

No escapa de ese fraccionamiento la oposición, puesto que también en ella se localizan partidarios de la reforma, pero sin asamblea constituyente, y también grupos refractarios a los cambios, cualesquiera sean ellos.

## II. PREGUNTAS SIN RESPUESTAS

En tal contexto, ¿es razonable continuar un proceso tan delicado con un destino desconocido? ¿Resulta sensato impulsar la irrupción del poder constituyente originario, es decir, del pueblo o cuerpo electoral de catorce millones de ciudadanos, para elegir una asamblea, sin que ese titular de la soberanía conozca para qué será convocado, en otras palabras, sobre la base de qué texto servirá su labor? ¿Estamos más en presencia de una obstinación, de la cual nada sensato puede resultar? ¿O, por el contrario, en la oposición se trata de resistir a los cambios, los cuales siempre es necesario hallarse abierto a ellos, sometiéndolos a estudio para valorarlos y, en definitiva, acordar o no llevarlos a la práctica? ¿Cuál sería la validez y vigencia, sociológicamente medida, de una Carta Suprema edificada, como *hojas de papel en blanco* al decir de un ex Presidente de la República, o sea, escrita de nuevo? ¿Es el positivismo formalista que re-emerge lozano sin preocuparse que esas hojas de papel estén arraigadas en la mentalidad ciudadana? ¿Sería legítima una Ley Suprema o retornaríamos a la interminable discusión sobre la legitimidad de origen que sigue afectando a la Constitución vigente?

## III. EL PROBLEMA DE LOS DIAGNÓSTICOS

Las divergencias en Chile son numerosas yemanan de causas diversas. Una de tales causas estriba en los diagnósticos con que se intenta responder a las dos interrogantes siguientes:

Primera: ¿por qué una Constitución nueva, o bien, la reforma integral de la vigente? Próxima a esas preguntas se encuentra la siguiente: ¿está Chile en crisis institucional, originada por el agotamiento de las posibilidades del texto supremo en vigor para superarlas? ¿O se trata de consignas ideológicas, provenientes de partidos y grupos que integraron la *Unidad Popular*, base de gobierno del Presidente Salvador Allende derrocada por el golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973? ¿No es más, entonces, que insistir en la ilegitimidad de origen de la Constitución vigente, buscando socializar la idea de una nueva Carta Política que dé la *segunda oportunidad* a quienes no vieron cumplido su sueño en la vía chilena al socialismo?

En la primera de esas tesis, se asevera que basta de exclusiones y discriminaciones en perjuicio de la mayoría. Resulta imperativo y apremiante, por ende, reafirmar la igualdad y defender la implementación de políticas socioeconómicas

distributivas y de transformaciones que acerquen a la materialización de los derechos de tercera generación o derechos sociales. ¿Cómo hacerlo? Con el Estado que re-emerge exhibiendo todas sus cualidades y vicios.

La segunda tesis afirma que Chile está lejos de una crisis institucional, aseveración demostrada por múltiples indicadores objetivos y confiables, como la erradicación de la pobreza dejándola en 11%, el índice más bajo de América Latina; la matrícula en educación superior de un millón y medio de alumnos, el 70% de los cuales es primera generación con acceso a tal nivel formativo; la erradicación del 95% de los campamentos con habitantes en condiciones miserables; la contención de la inflación en 3% anual y de la cesantía para laborar en 6%; los mejores estándares de acceso a la salud e higiene y a la seguridad social de nuestro continente. En fin, la comprobación que el coeficiente *Gini*, con que se mide la distribución del ingreso, se ha reducido en cinco puntos porcentuales pese a lo cual, por supuesto, la desigualdad no ha desaparecido y jamás lo hará por completo.

Secuela de esas premisas es que, en la primera tesis, se rechaza la reforma como vía de cambio, mientras en la segunda tesis se la divisa como única vía para ese objetivo.

Me ubico en la segunda línea de reflexión. Consecuentemente, digo que no se trata de mantener la Constitución inmodificada, sino de proseguir reformándola para incrementar la participación política; incorporar instituciones de la democracia semi representativa; infundir mayor sentido social al Estado de Derecho a través de una injerencia decisiva de la Sociedad Civil; y regular el principio de subsidiaridad con el designio de convertirlo, cada día más, en un valor rector de la solidaridad en la convivencia, desplazando al lucro y al solo mercado en cuanto claves del progreso colectivo. Creo, en síntesis, que la reforma pactada puede llegar incluso al reemplazo entero de la Carta Política, aunque jamás será real concebir hojas de papel en blanco con la cualidad del mayor y mejor objetivo.

#### IV. ¿RECAÍDA EN EL SURREALISMO?

Chile vive un proceso *pre-constituyente*, calificación que otorgo a lo que son unas pocas medidas inconexas e insuficientes para encaminar el desafío más serio de una democracia. Apartándose por completo de los preceptos y principios que la Carta Política contempla para reformarla, estamos en una

senda que no se divisa nítida y ya han emergido reproches que desestiman el tramo recorrido.

Cumplidas cuatro de las siete etapas que la Presidenta de la República trazó para aquel proceso en enero del 2016, el balance es desolador: debates libres y no concertados, reuniones auto convocadas, cabildos provinciales y cabildos regionales arrojan, en conjunto, apenas doscientos mil participantes en el conjunto de esas etapas. Peor todavía: se estima que ochenta mil participantes lo hicieron en las cuatro fases.

Por otra parte, lo que observamos es un proceso extraoficial, improvisado y no vinculante. Se desenvuelve habiendo dejado atrás la primera etapa, de *formación cívica*, efectuada en cuatro meses que pasaron inadvertidos. Pasamos la segunda etapa, llamada de los *dialogos ciudadanos* y proseguimos, como dije, en la etapa tercera y cuarta de los *cabildos*. Repito que las cifras vertidas al respecto reflejan el interés de un porcentaje de participantes que no sobrepasa el 0,36% del cuerpo electoral, según un cálculo, y el 0,56% de ese universo, según otra estimación. Lo grave del asunto está en que, de esos diálogos y cabildos, la Presidencia de la República espera que fluya el anteproyecto de una nueva Constitución. ¿Quién sistematizará la información reunida? ¿Con qué base confiable? El texto en génesis sería redactado en conjunto por el Consejo Ciudadano de Observadores y el Gobierno, entregándoselo a la Presidenta de la República antes del 30 de octubre del 2016. ¿Será que el texto ya existe y que se ha tratado de socializarlo, o sea, arraigarlo en la ciudadanía?

¿Cuán representativo de un cuerpo que, repito, sobrepasa los catorce millones de electores, puede ser un anteproyecto elaborado con base en un cimiento tan débil? ¿No es ya el momento de abandonar la obcecación ideológica y buscar los entendimientos y acuerdos que son la base única de legitimidad, formal y sustantiva, de una futura Constitución democrática con pretensiones de enraizarse en el espíritu de líderes y población? ¿Por qué y para qué insistir en que el Código Político vigente es el de 1980, cuando en el 2005 lo sustituyeron casi enteros en su idea de Derecho? ¿No es razonable, en definitiva, simplemente hablar de la Constitución vigente, sin más calificativos?

Preocupa que el proceso constituyente continúe indefinido, aunque circulan versiones que sostienen que se trata de una *incertidumbre calculada o deliberada*, cayendo en una actitud parecida al secretismo que caracterizó el *iter constituyente* de la Carta Política de 1980 y que sigue lastrando hasta hoy todo lo hecho hasta entonces.

No faltan quienes afirman que Chile se halla en un camino sin salida, pues carecemos de las bases elementales para organizar y concretar un proceso constituyente legítimo. Aparentemente, el país ha sido introducido en la encrucijada por el dogmatismo de la *nueva oportunidad*, a que ya aludimos. Pensamos que esa es una deducción plausible atendida las proposiciones restauradoras del régimen que fue demolido por la insurrección militar cruenta en septiembre de 1973 y después. El epítome de ese intento es resucitar la Constitución de 1925, la misma que aquel golpe destrozó y que la dictadura declaró derogada en 1978. ¿Cuán sensato resulta, entonces, atender a esas alternativas? ¿De qué servirá revivirla si ella se originó de modo parecido a la ilegitimidad de origen que tuvo la Carta Política de 1980? ¿Superaremos tal resurrección con el menosprecio que despierta haber sido un estatuto fracasado?

El dilema está en que se ha propagandizado la idea de una nueva Constitución entre quienes confiesan no haber leído una línea de la Carta Política vigente pero que, explicable aunque injustificadamente, van siendo inducidos a esperar una vivienda mejor, mayor acceso a la salud, recibir subsidios por doquier, lograr gratuitidad en la enseñanza de todos los niveles, en definitiva, conquistar un cúmulo de prestaciones en dinero o en especie que reintroduzcan el antiguo y desacreditado concepto del *Estado de Bienestar*. Esa es, en síntesis, la matriz de una manera de ser singularizada por demandar derechos, sin asumir las obligaciones correlativas. La supresión del sufragio obligatorio, introducida por todas las fuerzas políticas en el 2013, es el mejor ejemplo de tan equivocada disposición.

## V. OCASO DEL POPULISMO

Apreciado el curso de los acontecimientos, sobrevienen interrogantes que preocupan, pues ya hemos padecido los quiebres institucionales que nos sumieron en dictadura, de la cual resultó enorme el sacrificio para salir con heridas que todavía no están cicatrizadas.

Enuncio unos pocos ejemplos de esa inclinación a los cambios que pueden desencadenar efectos negativos como la incapacidad de satisfacer todas las demandas, habiéndose los recursos agotados o desaparecidos. Así, los cambios en educación gratuita universal, que ya están fracasados; la reforma que lleva el tributo a la renta de empresas a 27% anual, uno de los más altos de la OCDE; la despenalización del aborto en tres circunstancias, paradojalmente

tramitándose con urgencia a pesar de que nos ha sumido en reyertas valóricas; el combate a la discriminación sexual, con tonos parecidos y que se adicionan con otro proyecto de igualdad de género; la reforma sindical con prohibición del reemplazo y la instauración de la negociación por áreas, promesa segura de una judicialización aguda; y el amplio acceso a la salud para indigentes, o sectores vulnerables, pero que está desfinanciado y ya es descalificado como mero populismo.

Esos son algunos ejemplos concretos de lo que digo. ¿Hasta cuándo será posible mantener el gasto público en cotas sin parangón, habiendo caído los ingresos fiscales en 50% por la desvalorización del cobre y otras materias primas? ¿Es sensato presumir que se mantendrán los gastos públicos fijos estando la economía con crecimiento del PIB apenas superior al 1%, causa de la subsecuente baja en los ingresos tributarios? ¿Qué puede esperarse sobre índices de ocupación laboral en un país que no tiene inversión ni ahorro público ni privado? ¿Sobrevendrán las paralizaciones laborales, como fue por décadas? ¿Retornaremos a marchas, ocupaciones de inmuebles y protestas, en el estilo del 2011, con la *democracia en las calles*? ¿Concluirán esas movilizaciones del modo que fueron cinco años atrás?

América Latina es paradojal. El surrealismo maravilloso que singulariza a su poesía y a la novela no se queda allí en nuestros países. Es un mundo fascinante, pero plagado de celadas, incluyendo maniobras dolosas. Pensamos así a raíz de constatar rasgos culturales comunes a todos nuestros países, como la lengua, la religión y la historia, pero paralelamente reconocer las diferencias que nos distinguen, a veces nos separan y, no rara vez, rematan en esfuerzos de integración frustrados.

En ese contexto, Chile se halla en el trance económico ya bosquejado, del cual es previsible esperar estándares de convulsión social en aumento. El colapso de la demagogia y el populismo, ensayados con el rótulo de *liberalismo socialista o socialismo del siglo XXI*, son evidentes desde Venezuela al sur. Está quedando ya patente que ellos sumen en la inestabilidad a gobiernos que se apuntalaron con base en supuestos frágiles como legislar para grupos de interés o de presión; conquistar votos de oportunidad o circunstancia con un igualitarismo más ingenuo que ideológicamente concebido; y tolerar los brotes de anarquía urbana y rural para no aparecer, ante la opinión pública y las ONG internacionales, motejados de represivos. Idéntica descalificación merece haber impulsado enmiendas legales y trasformaciones institucionales cuyo desenlace incide en la delincuencia común descontrolada y la reaparición

del terrorismo, sea étnico o de otra naturaleza, o en un vandalismo denotativo de rebaja ética de los crápulas y no solo cuadros psicológicos de desadaptados.

Se torna ostensible también la ineeficacia de los anuncios de políticas de combate al tráfico y consumo de drogas si, paradojal y simultáneamente, se aboga por leyes que autorizan la venta e ingestión de ciertos alcaloides; o la proclamación de prácticas anti adictivas para quedarse ahí, sin enemistarse con pandillas que *profitan* de esa negligencia. Finalmente, parecido reproche merece llegar a un clima electoral gracias al voto fácil, para pronto precipitarse en el descalabro económico, la agitación social y la ingobernabilidad política. ¿Se estará cultivando, planificadamente, la demolición de cuánto ha costado construir apelando, irresponsablemente, a lo que Tocqueville y J. S. Mill trataron de dictaduras de la mayoría?

Llegará, pienso, la hora de las disculpas, tantas veces oídas, quiero decir, que los caudillos demagógicos y populistas vocearán que no son los responsables. Dirán –y ya lo dicen– que son víctimas del imperialismo, de la codicia de la oligarquía, y/ o de una oposición capaz de crear la imagen de un futuro apocalíptico.

## VI. CONSTITUCIONALISMO DE SUPERFICIE

A muchos encanta, diría que hasta encandila, vivir pero sin padecer los rasgos mágicos de la cultura y contracultura latinoamericana. Muchos nos visitan, gozan de la acogida y belleza de la gente, el paisaje, la antropología y la cultura de nuestro continente. Pero pronto se van y escriben lecciones acerca de cómo tendríamos que gobernarnos para forjar niveles inéditos de igualdad y erradicar las exclusiones y discriminaciones, más que nada en perjuicio de la mujer, de la juventud y la tercera edad.

También ellos nos hacen saber sus *fórmulas* para cambiar las Constituciones, coincidiendo con la mayoría de las élites latinoamericanas en la tesis según la cual, sustituyéndolas, llegaremos a vencer las fallas estructurales que padecemos, como la codicia que compele al empresario a defraudar a los consumidores, al lujo que suscita envidia, a la marginalidad que termina en odio, al estatismo que lleva a pensar en mundos diferentes y mejores y a otras claves parecidas.

¿Pueden las patologías políticas y socioeconómicas que sufrimos ser resueltas, o al menos aliviadas, con nuevas Constituciones? ¿Es la corrupción abismante

que nos aqueja susceptible de superarse por esa vía? ¿La desconfianza e incredulidad en las élites y en la política se supera con reglas positivas? Si la respuesta es negativa, ¿qué falta para acertar en la satisfacción de los anhelos pretendidos?

La respuesta es más fácil decirla que materializarla, pues presupone antes que entronizar una Constitución nueva, hecha a tientas como se ha visto, penetrar en los cimientos del derecho positivo buscando, en sus fuentes materiales, o reales, todo cuanto determina la posterior dictación de reglas formuladas por escrito. Eso, a su vez, conlleva educar, desde la infancia, en lo que Aristóteles denominó *amistad cívica*. Valoro, en ese sentido, la ley publicada seis meses atrás y que retoma la enseñanza de la formación cívica. Quedamos estupefactos, sin embargo, al enterarnos que en la implementación de la ley, los expertos curriculares han deslizado la supresión de la filosofía en la enseñanza media.

Tenemos que valorar la introspección colectiva que nos deje asentados en los valores, entre los cuales sobresalen los de la ética en los más diversos órdenes de la vida. Pero, seamos honestos reconociendo que la ética es menospreciada por refutársela conservadora.

Contra todos esos obstáculos, tenemos que obrar convencidos de que se torna ineludible inculcar el sentido del esfuerzo, de la perseverancia, de la honestidad y el respeto, de la tolerancia, de la fe en el diálogo, en el compromiso y la renuncia a la intransigencia de todo origen. En el cambio epocal que vivimos, fuerza en admitir que esos valores, que son ideales realizables y no utopías ni invenciones fantásticas o fruto de imaginaciones ilusas, se hallan cada día más distantes de ser acogidos con el rasgo de decisivos para el éxito de la senda elegida. En esta época de transformaciones, parece que la nota dominante no está en forjar la axiología aludida para progresar en la convivencia justa y pacífica.

En síntesis, dejemos a un lado, ojalá definitivamente, los sueños ideológicos que poco o nada nos han servido. En lugar de ellos, seamos tenaces en la reforma constante de la Constitución y las leyes, sea a través de modificaciones o de la jurisprudencia que logra cambios señosos con base en la interpretación creativa o mutativa.

De nuevo pregunto: ¿existe en el mundo un país siquiera en que la isonomía haya sido plenamente conquistada, erradicando la discriminación y cualquier diferencia arbitraria? ¿Dónde está el país en que la libertad pueda ser ejercida

sin restricciones? ¿Quién está en situación de nombrar un país en el cual se goza únicamente de los derechos, es decir, sin asumir el cumplimiento correlativo de los deberes y obligaciones?

Estoy cerca de finalizar este ensayo y lo hago teniendo presente que el Gobierno ha anunciado que su obra gruesa está finalizada, debiendo ahora focalizarse en las medidas que consoliden lo avanzado. Ya formulamos dudas al respecto, comenzando con la incapacidad financiera para satisfacer las demandas de los favorecidos con la legislación que ha sido dictada para su beneficio.

Me aparto de la tesis intransigente para declarar que la obra gruesa ni siquiera ha comenzado a ser construida en el proceso constituyente en que estamos sumidos. Esa obra tendría que haber comenzado penetrando en los cimientos históricos, socioeconómicos y políticos, exigencia cultural que no ha sido cumplida.

Chile ha introducido, con sujeción a la Constitución vigente, todos los cambios que han sido planteados por los más variados sectores políticos. ¡Son treinta y ocho enmiendas! ¡Es la Carta Política vigente más reformada del mundo! Una sola excepción puede ser esgrimida a tan absoluta regla. Me refiero a la permanencia de *quórum*s reforzados para ciertas reformas constitucionales y de la legislación que complementa a la Carta Fundamental. Pero, esa excepción no equivale a un poder de veto de las minorías, sino que a una exigencia legítima de seguridad jurídica y estabilidad institucional en un país que requiere esos esfuerzos. Parecido es mi juicio con respecto al rol del Tribunal Constitucional en cuanto a garante de la supremacía de la Constitución vigente.

En Chile se ha consolidado una democracia respetada y respetable. Sin duda, ella presenta omisiones y defectos, pero ninguno de los cuales puede ser imputado nada más que al ordenamiento jurídico. Creo que el cambio pendiente radica en las mentalidades y en las conductas de líderes y ciudadanos, mucho más que en el sistema formal de preceptos normativos. Y ese cambio exige, para llevarlo a cabo, largo tiempo, lucidez y perseverancia, doblegando las utopías y un *pers saltum* más artificial que riesgoso.

No es posible, para mí al menos, efectuar vaticinios acerca de la ruta que seguiremos en el desafío descrito. ¿Es verosímil pensar, por ejemplo, que el proceso pre-constituyente se desvanecerá dado que resta un año y medio del mandato presidencial y que faltan tres etapas para cumplir el cronograma anunciado por la Presidenta de la República en octubre del 2015? ¿Quién

pierde si se llega a tan grave desenlace? No dudo de que la respuesta es que será Chile y esto desde numerosos ángulos y con serios perjuicios. Empero, un Gobierno que concita el apoyo del 8% de los encuestados, y cuyo líder no obtiene más del 15% de las adhesiones de ellos, muy difícilmente gozará del liderazgo que se requiere para rematar, con éxito, un proceso tan complejo.

Trabajemos por crear conciencia en punto a que sean desestimadas las promesas de progreso obtenidas por credulidad en la magia del derecho positivo. Confiamos en que se imponga el buen juicio consistente en estar siempre abiertos a todos los cambios, incluso al reemplazo de la Constitución, pero sometiéndolos al examen previo de cuanto impone la historia, recordando que ella no ha transcurrido en vano. Evoco, al final, una reflexión de Wolfgang von Goethe: ¡la historia ya es presente! Avancemos con ella hacia la conquista de legitimidad. ¿Cuál? Aquella que signifique forjar una Constitución sentida como propia por la mayoría del país entero.



**ESTADO DE DERECHO. CONSTITUCIÓN POLÍTICA  
Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SU PROTECTOR  
JURISDICCIONAL Y GUARDIÁN**

**RULE OF LAW. POLITICAL CONSTITUTION AND  
CONSTITUTIONAL COURT, ITS JUDICIAL PROTECTOR  
AND GUARDIAN**

**JUAN COLOMBO CAMPBELL<sup>1</sup>**

**Resumen:** El artículo estudia la evolución del Derecho Procesal Constitucional. Igualmente, la importancia de la jurisdicción constitucional.

**Abstract:** The article studies the evolution of Constitutional Procedural Law. Likewise, the importance of constitutional jurisdiction.

**Palabras clave:** Derecho Procesal Constitucional. Estado de derecho. Jurisdicción Constitucional.

**Keywords:** Constitutional Procedural Law. Rule of law. Constitutional Jurisdiction.

<sup>1</sup> Profesor Emérito de la Universidad de Chile y de Carabineros de Chile.

La vida, la realidad y el porvenir  
de nuestras cartas constitucionales, descansan en la  
justicia constitucional.

Mauro Cappelletti

Esta colaboración forma parte del contenido del estudio en Chile del nuevo Derecho Procesal Constitucional. En las páginas que siguen, se analizará el nacimiento, concepto, origen, importancia, contenido y funciones que cumple el Derecho Procesal Constitucional, custodio máximo del Estado de derecho, destacando especialmente la trascendencia que hoy tiene su implementación y reconocimiento en un país que viva una democracia efectiva, contenida en lo esencial en la Constitución Política que contempla las normas básicas que regulen el ejercicio del poder por parte de la autoridad, proporcionando los elementos que consagran la tutela judicial efectiva de sus disposiciones, valores y principios.

## I. INTRODUCCIÓN

En este entorno, concuerdo con Mauro Cappelletti, de gran influencia en la doctrina latinoamericana, en cuanto expresa que *hoy* la Constitución no debe ser concebida como una simple pauta de carácter político, moral o filosófico, sino como una norma verdadera positiva y obligatoria con carácter supremo y más permanente que la legislación positiva ordinaria.

Desde otra perspectiva, pero en el mismo ámbito, García de Enterría, desde España, concluye que hoy las constituciones son normas jurídicas efectivas, que prevalecen en el proceso político, en la vida social y económica del país y que sustentan la validez de todo el orden jurídico, base del Estado de derecho. Deseo al inicio de este trabajo precisar que, como tal, la Constitución es hoy una norma decisoria litis aplicable por los jueces constitucionales en los procesos sometidos a su competencia al dictar su sentencia.

Por muchos años y, en especial, después de la revolución francesa, la ley fue la norma máxima del ordenamiento jurídico que sustentaba el Estado de derecho. Recordemos que el poder legislativo, generador de las leyes, era

quién establecía la normativa jurídica de un país y que los jueces al resolver los conflictos sometidos a proceso no tenían más alternativa que aplicarla como norma decisoria litis, ya que si violentaban esta regla, su sentencia sería invalidada por la interposición de los recursos de casación en la forma o en el fondo.

1. El Estado de derecho existe en los países que cuentan con normas jurídicas que regulan su convivencia y en lo fundamental, como ya se dijo, cuando establecen quién y cómo el Estado debe ejercer el poder por medio de las funciones públicas; cuáles son las garantías personales de los habitantes del país y quién debe decidir los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se presentan en la convivencia del Estado con sus habitantes.

Como ya lo expresáramos, por muchos años el Estado de derecho se fundamentó en la ley que, dictada por el poder legislativo, debían aplicar los tribunales en la solución de los conflictos de intereses.

Recordemos que tradicionalmente la jurisdicción como todavía lo señala nuestra carta fundamental cubría el conocimiento de las causas civiles y criminales.

No obstante muchos países, entre otros Chile, acordaron tener una Constitución Política, que en síntesis era la máxima expresión de la juridicidad. Mas, como sus normas no tenían protección, en caso de conflicto entre la Constitución y la ley a los jueces no le quedaba otra alternativa que aplicar la ley.

2. En el devenir histórico se produjeron hechos que cambiaron sustancialmente las bases del Estado de derecho y para fundar esta posición podemos citar tres casos que lo revolucionaron y modificaron su eje de sustentación, de la ley a la Constitución. Ellos fueron los siguientes:

- a) La sentencia dictada en el año 1803 por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, en el caso *Marbury v/s Madison* que, redactada por el chief justice John Marshall, decidió que toda norma legal contraria a la Constitución debía ser inaplicada o derogada por los tribunales competentes, con lo cual el centro del Estado de derecho se radicó en la Constitución Política, como norma suprema y no en la ley que pasa a ser su complemento que puede ser impugnada judicialmente.
- b) Hans Kelsen incorpora a la Constitución austriaca un Tribunal Constitucional nuevo y autónomo, fuera del poder judicial tradicional y con plenas facultades para controlar la constitucionalidad de las leyes, con lo cual el Parlamento pierde la facultad de ser su custodio.

- c) Las constituciones europeas, después de la experiencia surgida de las doctrinas nazis y comunistas para regular su convivencia en un Estado, produjeron como resultado la violación permanente de las garantías fundamentales de las personas.

Para volver al equilibrio normativo, se crea la figura del amparo jurisdiccional, al que puede acceder cualquier habitante del país que se sienta lesionado en sus derechos o garantías constitucionales, contemplando las acciones procesales destinadas a impulsar la sustanciación de un proceso ante un tribunal constitucional competente para conocerlo y resolverlo.

- d) Se fueron estableciendo tribunales constitucionales con competencia para resolver los conflictos constitucionales, aplicando directamente la carta fundamental.

3. Como consecuencia de lo expresado, la Constitución Política se convierte en una norma decisoria litis y, para su plena operación, se plantearon dos opciones de sistemas de control de constitucionalidad de las leyes, el difuso y el concentrado, y este último puede ser monopólico o compartido. Allan Brewer afirma lo siguiente:

Ahora bien, de acuerdo con los principios de constitucionalismo moderno que se desprendieron de la Revolución Norteamericana, el Poder Judicial debe considerarse como el Poder del Estado que tiene, por excelencia, la función de ser juez constitucional, es decir, el poder del Estado que de conformidad con el principio de la separación de los poderes debe velar por la supremacía de la Constitución, tanto desde un punto de vista orgánico como dogmático; estando por tanto facultado para controlar la constitucionalidad de las leyes y proteger los derechos fundamentales establecida en la Constitución.

4. La doctrina procesal constitucional analizó la posibilidad de normar dos clases de controles de constitucionalidad de las leyes, el control difuso y el control concentrado. El primero es aquel en que la norma procesal otorga competencia y faculta a cualquier tribunal que esté conociendo de un proceso, para inaplicar la ley invocada como decisoria litis, por inconstitucionalidad, otorgando acción para ello a cualquiera de las partes del proceso.

Por su parte, el sistema concentrado es aquel en que la Constitución otorga competencia a un tribunal o a varios tribunales para declarar inconstitucional una ley. Si se les otorga tal derecho o facultad a un solo tribunal, el control

es absoluto y concentrado. Si se le otorga a varios tribunales, como es el caso de Chile, es concentrado y compartido. En efecto, aquí lo tienen el Tribunal Constitucional, las Cortes de Apelaciones, la Corte Suprema, los Tribunales Electorales, de acuerdo a la competencia que le determinen sus leyes orgánicas y excepcionalmente otros órganos a los que se les otorga esta facultad para decidir en casos concretos.

En general, puede decirse que las constituciones modernas han optado por el sistema concentrado de constitucionalidad fundamentalmente por dos razones. Primera, porque en un sistema difuso habría tantas interpretaciones de la Constitución como tribunales existan, y lo deseable en un buen sistema de derecho procesal constitucional, es que exista la interpretación única de la Constitución. Además, en el control difuso con el sistema de recursos de las sentencias de los jueces inferiores que la decidan, pueden ser recurridas hasta llegar a la Corte Suprema, la que por la vía de los recursos será la que finalmente decida sobre la constitucionalidad de la norma, con lo cual luego de un largo andar se llegará a la solución del conflicto de constitucionalidad.

Otro efecto es el que se produce cuando el sistema incorpora al texto constitucional como máximo integrante del Estado de derecho que incluye en sus bases a los valores y principios de la Constitución. En este caso, convergen la supremacía constitucional y los denominados principios constitucionales no escritos, lo que significa agregar valores y principios.

5. Ahora bien, si bien es cierto que un auténtico sistema de justicia constitucional es posible en países con constituciones escritas y rígidas, el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes opera no solo respecto al texto formal de los artículos constitucionales, sino también en relación con los principios y valores no escritos que resultan de la Constitución y de su espíritu.

La constitucionalización del Estado de derecho, por tanto, está esencialmente ligada a la idea de la justicia constitucional, y esa es la razón por la cual Mauro Cappelletti, en uno de los informes presentados a dicho Coloquio de Aix-en-Provence, manifestó que:

El constitucionalismo, en su estado más avanzado, ha exigido un órgano o un grupo de órganos, suficientemente independientes de los poderes “políticos” –el legislativo y el ejecutivo– para proteger una regla de derecho superior y relativamente permanente, contra las tentaciones que son inherentes al poder.

Sin duda, la globalización que hoy experimenta el mundo, ha impactado a los sistemas judiciales, especialmente los constitucionales, generando la necesidad de decidir jurisdiccionalmente los nuevos conflictos que surgen como consecuencia de la aplicación universal e imperativa a del principio de la supremacía constitucional, de la integración de los países y de la necesaria protección integral de los derechos de las personas, cualquiera sea el lugar en que se encuentren. La vieja Europa, sabia maestra, sigue a la vanguardia jurídica de la protección de la labor de los tribunales constitucionales, lo que ha permitido institucionalizar la Unión Europea y establecer los mecanismos jurisdiccionales de solución de sus controversias, acontecimiento ejemplificador y determinante para el éxito de sus propósitos.

Nuestra América Latina recién despierta frente a estas tendencias donde sus sistemas jurídicos permanecen herméticos regulando su vida interna, en circunstancias de que las relaciones de todo tipo entre los países son cada día más fuertes y frecuentes.

No obstante, en este contexto, miramos como excepcional y trascendente la vinculación que en los últimos años se ha consolidado entre los tribunales constitucionales de los distintos países, los que por operar en el ámbito de una nueva dimensión de la jurisdicción, que se rige por principios informadores diferentes a los de los tribunales comunes, presentan áreas de contacto muy afines, lo que ha permitido compartir sus experiencias.

6. Personalmente, con mi dedicación al estudio del derecho procesal constitucional, observo que su preceptiva opera fluidamente en la justicia constitucional, toda vez que las constituciones contienen disposiciones básicas similares, lo que permite a sus operadores lograr una utilización adecuada de la doctrina comparada y de la jurisprudencia emanada de las sentencias de los tribunales establecidos por los respectivos ordenamientos.

Con nostalgia deben recordarse las clases del maestro Gabriel Amunátegui Jordán, que enseñaba que el problema constitucional consistía esencialmente en compatibilizar al Estado con su autoridad y a los individuos con su libertad.

Debe observarse que tanto los conflictos constitucionales entre poderes públicos, como los producidos por violación de las garantías constitucionales de las personas, son en esencia similares en todos los países.

Hoy, sin duda, los valores y principios constitucionales son un patrimonio jurídico de la humanidad que las constituciones políticas deben necesariamente

aprovechar, incorporándolos en sus textos y contemplando, como su natural consecuencia, un sistema jurisdiccional que los proteja.

Como viejo juez constitucional, ya con misión cumplida y muy conocedor de los tribunales constitucionales de muchos países y por años miembro de la comisión de Venecia, puedo afirmar que, frente a un caso a decidir, las fuentes doctrinarias y jurisprudenciales extranjeras son normalmente consultadas, lo que confirma, desde mi punto de vista, la universalidad de los valores y principios que informan la justicia constitucional.

7. Resulta también necesario destacar cuáles han sido las principales razones que han conducido al éxito de esta nueva disciplina y que podrían precisarse en tres ámbitos. El primero se genera con la restauración de la democracia y el Estado de derecho en los países de Europa y en los de otros continentes que han logrado eliminar los regímenes de facto y reemplazarlos por un sistema de derecho. Ello ha significado que han debido incorporar mecanismos de protección jurisdiccional de los dos grandes valores que sustentan el contenido de una Constitución Política, como lo son el poder del Estado y la distribución de su ejercicio entre las diversas autoridades y las garantías constitucionales fundamentales de sus habitantes. Como bien afirma Néstor Pedro Sagüés, “es el estado de derecho, democrático y constitucional, el hábitat natural de esta rama del mundo jurídico”.

Como segunda razón, puede invocarse el establecimiento de tribunales constitucionales o salas constitucionales en la mayor parte de los países que cuentan con un Estado de derecho en que se aplica directamente la Constitución para resolver los conflictos de su competencia entre poderes, lo que conduce necesariamente a normar procedimientos constitucionales y a consagrar al debido proceso como el medio de solución de tales conflictos sometidos a su imperio.

Finalmente, como tercera razón, resulta esencial concluir y reiterar que hoy la Constitución es una norma decisoria litis aplicable directamente por los jueces con competencia constitucional al decidir los conflictos constitucionales. Esta competencia la tienen todos los tribunales de la nación, cuando el país cuenta con un sistema de control difuso, y si es concentrado, solo los que señale la Constitución.

En este entorno, deseo destacar que Héctor Fix-Zamudio, en su presentación a la primera edición de su obra maestra del *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, explica por qué surgió

esta nueva rama del Derecho al preguntarse “¿Qué determina la autonomía plena de una disciplina jurídica?”. Esta interrogante cobra relevancia en el caso del Derecho Procesal Constitucional.

Si bien en la materia que estamos analizando, compartiendo los principios y estructuras de dos ramas tradicionales y ampliamente consolidadas, como lo son el Derecho Procesal y el Constitucional, existen en la actualidad parámetros o realidades objetivas para sustentar su independencia bajo tres ópticas distintas que son, como lo precisa Néstor Pedro Sagüés, la legislación, la magistratura especializada y la doctrina, que se han coludido para integrar este nuevo derecho, ello coincide con las razones fundantes del acelerado desarrollo de esta nueva disciplina.

- a) Magistratura especializada. También de manera progresiva se ha establecido una magistratura especializada para la resolución de los conflictos constitucionales, logrando residualmente precisar la función interpretativa de la normativa constitucional.

En América, hoy existen tribunales que tienen competencia para realizar dicha función de manera exclusiva, siguiendo el modelo europeo de control constitucional, denominados cortes o tribunales constitucionales (Bolivia, Guatemala, Chile, Colombia, Ecuador y Perú). En otros casos se han creado salas constitucionales dependientes de las propias cortes supremas (El Salvador, Costa Rica, Nicaragua, Paraguay y Venezuela). Incluso, en algunos países donde no existen estos tribunales o salas constitucionales, el máximo órgano jurisdiccional ordinario realiza funciones de control constitucional, aunque no de manera exclusiva como sucede en Argentina, Brasil y México.

- b) Legislación. Los ordenamientos constitucionales contemporáneos han incorporado paulatinamente a sus legislaciones diversos instrumentos jurisdiccionales orgánicos y funcionales con la finalidad de hacer respetar la Constitución y evitar el quebranto de la norma superior (amparo, habeas corpus, habeas data, acción abstracta de inconstitucionalidad de las leyes, controversias constitucionales –conflicto de atribuciones–, cuestión de inconstitucionalidad y otros), lo que se refleja y desarrolla en las leyes procesales específicas que los regulan. Incluso, en algunos países, ya existen códigos procesales constitucionales que de manera general se refieren a varios procedimientos constitucionales, como ocurre en Argentina (Provincia de Entre Ríos y de Tucumán), Guatemala, Costa Rica y Perú.

- c) **Doctrina.** A partir del nacimiento de los tribunales constitucionales europeos en la segunda década del siglo XX, se inició el estudio sistemático de los procesos constitucionales y de la magistratura especializada para resolverlos. Especialmente en las últimas tres décadas, los constitucionalistas y ahora también los procesalistas, han enfocado sus esfuerzos en establecer la denominación, el contenido y los límites del Derecho Procesal Constitucional, como nueva disciplina jurídica.

En esta área, existen avances importantes al existir obras con esta denominación en varios países como Alemania, Argentina, Brasil, Costa Rica, Colombia, España, Nicaragua, Perú y México, al margen de las múltiples monografías sobre procesos constitucionales específicos o, en general, sobre justicia, jurisdicción, control o defensa constitucional.

Podemos agregar que, asimismo, han proliferado los cursos y seminarios con la denominación de Derecho Procesal Constitucional, especialmente en Argentina, incorporándose, en algunos países, en los programas de las escuelas o facultades de Derecho (Universidad Panamericana de la Ciudad de México y en el posgrado de la materia de Derecho Constitucional y Amparo de la Universidad Autónoma de Talca y en la Universidad Finis Terrae). También existen institutos de investigación, como el Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica de Argentina.

Hoy existe una clara trilogía donde se entrelazan los conceptos de Constitución, jurisdicción constitucional y debido proceso constitucional.

El Derecho Constitucional clásico se ve así reforzado con los mecanismos eficientes de protección que le proporciona el nuevo y vigoroso Derecho Procesal Constitucional.

En efecto, las constituciones políticas modernas en sus textos consagran los principios, valores y bases del sistema jurídico normativo, el que, para ser eficaz, debe necesariamente contar con un mecanismo que resuelva jurisdiccionalmente los conflictos producidos por su quebrantamiento formal o sustancial. Recordemos que la doctrina clásica eliminaba toda posibilidad de control jurisdiccional de las leyes.

Hoy observamos cómo el mundo civilizado en sus cartas básicas garantiza los derechos de las personas, regula sus relaciones con el Estado, distribuye el poder entre los diversos organismos públicos creados por la Constitución e

instaura un sistema jurisdiccional integral que protege y garantiza la eficacia real de sus disposiciones y valores.

En este contexto, resulta evidente que la jurisdicción juega un nuevo rol trascendental al posicionarse como el medio idóneo destinado a resguardar, a través del debido proceso, el Estado de derecho y la supremacía constitucional, principios fundamentales para regir los destinos de cada país y los de sus habitantes y para protegerlos frente a cualquier tipo de quebrantamiento normativo o abuso de poder.

Es por ello que el profesor Louis Favoreu, uno de los padres del Derecho Procesal Constitucional, con quien compartí jornadas de enseñanza en España, Chile y Bolivia, en su trabajo *Justicia y Jueces Constitucionales*, afirma que el desarrollo de la justicia constitucional es ciertamente el acontecimiento más destacado del Derecho Público del siglo XX, en el viejo mundo y quizás en el mundo entero, y concluye que hoy no se concibe un sistema constitucional que no reserve un lugar a esta institución. Esto explica que, en Europa, todas las nuevas constituciones han previsto, además de una Corte Suprema o de un Tribunal de Casación, la existencia de un Tribunal Constitucional, al igual como lo han hecho algunos países latinoamericanos.

Esto es algo necesario de lograr en todo ordenamiento jurídico que se respete.

En esta perspectiva, la Constitución así estructurada definitivamente se plantea como una norma decisoria litis de aplicación directa por el juez, en la solución de todo conflicto constitucional sometido a su imperio.

Puede decirse que hoy presenciamos claramente, como ya se dijo, una nueva legitimidad, la legitimidad constitucional y que existe coincidencia académica, en que toda Constitución impone la necesidad de contar con un órgano jurisdiccional que garantice el cumplimiento y la plena observancia de sus normas, valores y principios y el acceso a un debido proceso que la proteja y le permita ser efectiva.

En este entorno, el debido proceso se perfila como la culminación de la protección jurisdiccional de la Constitución, toda vez que si consideramos solamente la jurisdicción constitucional en abstracto y no al instrumento destinado a hacerla efectiva en el caso concreto, estamos frente a un sistema imposible, incompleto e inoperante de justicia constitucional.

Es por ello que concuerdo con la doctrina italiana que jurisdicción y proceso son conceptos indisolublemente unidos y que no pueden subsistir el uno sin el otro.

La jurisdicción sin proceso es inviable y el proceso sin jurisdicción no es un proceso jurisdiccional y, por lo tanto, lo inhibe para decidir con efecto de cosa juzgada un conflicto de intereses de relevancia constitucional.

Siendo así la protección jurisdiccional de las disposiciones constitucionales por medio del debido proceso, es el mecanismo natural que le permite recuperar su eficacia real, en caso de producirse un acto de cualquier sujeto que las quebrante. La sentencia que lo decida es el medio natural que reivindicará la plena vigencia de la norma constitucional vulnerada con la presencia del conflicto y le restituirá su plena vigencia real.

Es aquí donde emerge la figura de su guardián, el Tribunal Constitucional, magistral creación de Kelsen destinada a garantizar la eficacia de la supremacía constitucional a través del debido proceso jurisdiccional.

Muy bien ha dicho Calamandrei, que todas las declaraciones constitucionales son fútiles, si no existen medios jurídicos procesales que aseguren su eficacia real.

El mundo ha presenciado las discrepancias entre los poderes públicos y la necesidad de resolverlas por medios racionales y pacíficos. Esta confrontación entre la exigencia de instaurar un control jurisdiccional de la Constitución y conservar en su esencia el principio de separación de poderes, fue precisamente lo que motivó, a partir de Kelsen, la creación de tribunales constitucionales con la atribución jurisdiccional específica de velar por la constitucionalidad de las leyes, la que no podría atribuirse al orden judicial tradicional, cuya misión, precisamente, es la de aplicar la ley sin que le fuere lícito cuestionarla.

Luego, este control de constitucionalidad se extenderá a los actos administrativos y, según algunos, debiera también alcanzar la posibilidad de invalidar sentencias de los tribunales comunes, por vicios de inconstitucionalidad.

De lo expuesto surge la diferencia esencial entre la jurisdicción común y su ampliación para incluir la solución de conflictos constitucionales. La primera aplica la ley como norma decisoria litis y la segunda la Constitución, que recoge además elementos universales de valores y principios.

Esta área apunta directamente al centro del tema de nuestra convocatoria, ya que en la práctica las constituciones exigen y consagran garantizar por la

vía jurisdiccional, el principio de la supremacía constitucional, postulado ya universalmente aceptado y reconocido por la mayor parte de las cartas políticas del mundo. Su protección, a través de la jurisdicción, constituye un elemento esencial para garantizar su eficacia.

También resulta trascendente tener en cuenta que el ejercicio de la jurisdicción constitucional permite lograr la interpretación y adaptación de los textos y valores establecidos en la Constitución, expresados a través de sentencias necesariamente fundadas de los tribunales constitucionales.

Sin embargo, reitero una vez más que, como es fácil comprender, no basta con proclamar que las normas contenidas en la Constitución son las de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, para que estas sean respetadas por los poderes constituidos y obren así como límite de sus atribuciones y eficaz salvaguardia de los derechos del hombre. Siempre subsistirá la posibilidad de que los órganos que ejercen los poderes sobrepongan las disposiciones de la Carta Fundamental y, extralimitándose en el ejercicio de sus atribuciones, pongan en peligro la institucionalidad misma de la República. La sola declaración de la supremacía constitucional resulta, pues, insuficiente.

Al hablar de este tema debe incluirse, necesariamente, la protección de las disposiciones escritas en la Constitución, como también y especialmente los valores y principios fundamentales que contiene, todos los que, por la vía de la decisión jurisdiccional, deben cobrar plena vigencia.

También debe destacarse que este control de constitucionalidad implica la configuración de un mecanismo de defensa jurisdiccional de un orden constitucional concreto incorporado en una Constitución, y que se caracteriza por ser asumido por sujetos ajenos al proceso de producción normativa y por recaer, salvo excepciones, sobre normas perfectas y plenamente vigentes. Se plantea formalmente como la garantía de la primacía de la Constitución sobre las demás disposiciones del ordenamiento jurídico-positivo.

La experiencia interna es válida para todos, en cuanto aquellas que articulan la jurisdicción constitucional deben interpretarse para que potencien al máximo su defensa y cumplimiento. En este orden de ideas, la jurisdicción constitucional tiene un significado esencial para el perfeccionamiento y la vigencia del estado constitucional de derecho, la división y equilibrio de las ramas del poder público, la distinción entre poder constituyente y poderes

constituidos, la división vertical del poder del Estado y el respeto de los derechos fundamentales.

Debe tenerse en cuenta, además, que esta ampliación de la jurisdicción permite a los tribunales constitucionales desempeñar una función esencial de adaptación de la Constitución y de los textos que la complementan a la realidad nacional, en los casos en que su rigidez provoque problemas en la aplicación de sus normas o una alteración de las garantías en su esencia.

Para cumplir su alta misión, deben contar con jurisdicción suficiente para resolver los conflictos propiamente contenciosos y para intervenir, a través de la *jurisdicción de certeza*, en el control preventivo de las leyes. Con ello, al ejercer su jurisdicción en uno y otro caso, garantizan plenamente el principio de supremacía constitucional, logrando así dar eficacia real a los derechos contemplados en la Constitución Política.

También es un vaso comunicante el que se refiere a los límites funcionales de esta jurisdicción especializada, pues aunque el Tribunal Constitucional, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución, determine de modo vinculante el sentido de los preceptos constitucionales, a él también le corresponde delimitar sus propias funciones, acotando su jurisdicción del ámbito de actuación perteneciente a los tradicionales poderes del Estado.

Como afirman en España Tomás y Valiente, dentro del sistema constitucional, “Nadie puede decirle al tribunal cuáles son sus límites, lo cual no significa que no los tenga, sino que estos son los que la Constitución dice que son, en unos términos cuyo sentido establece el propio tribunal como intérprete supremo”.

La suma de estos factores es la que da eficacia al principio del mérito del proceso, que enmarca la competencia del Tribunal Constitucional en la solución del caso concreto.

Incorporando un nuevo elemento en esta introducción, resulta de especial interés tener presente que Domingo García Belaúnde y Eloy Espinosa-Saldana realizaron una encuesta sobre el Derecho Procesal Constitucional, donde participaron cuarenta académicos especialistas seleccionados de Europa y América Latina; con sus respuestas al cuestionario, consolidan plenamente la definición del Derecho Procesal Constitucional, el que ocupa en el mundo jurídico y su avance en los países que participaron y el interés por su enseñanza en las facultades de Derecho, con lo cual queda confirmada la

existencia, importancia y aplicación de esta rama del Derecho en los sistemas constitucionales contemporáneos.

Las constituciones políticas, al regular las relaciones del Estado y sus habitantes, son las que con su aplicación generan conflictos constitucionales especialmente cuando los poderes públicos extralimitan sus atribuciones y en los casos en que el Estado o los particulares violenten las garantías constitucionales que su texto garantiza a los habitantes del país. Ello llevó a incorporar a sus textos instrumentos jurisdiccionales tendientes a proteger efectivamente la Constitución mediante el ejercicio de las acciones de inconstitucionalidad y de amparo que trascienden a la tradicional normativa procesal establecida en sus legislaciones.

Esta reflexión se ve confirmada en el libro *Derecho Procesal Constitucional* de Osvaldo A. Gozaini en cuanto expresa, en líneas generales, que el programa de reconocimiento de un Derecho Procesal Constitucional queda de manifiesto con la consagración de normas fundamentales que declaran principios y garantías vinculadas con el proceso judicial.

La incorporación de mecanismos que aseguran el control eficiente de la constitucionalidad de las leyes y la implementación de una justicia especial para proteger la Constitución, mayoritariamente, por tribunales constitucionales, agrega un motivo más para la autonomía afirmada, agregando que el Derecho Procesal Constitucional se ha perfilado en este siglo como una disciplina independiente del Derecho Constitucional y del Procesal, pues en la fusión de ambos pareciera estar el sustento de la materia.

Por su parte, desde la vieja Europa, Luigi Ferrajoli ha calificado su establecimiento como la conquista más importante del derecho contemporáneo para el logro de la protección jurisdiccional de la dignidad de las personas y de los derechos fundamentales frente a la ley, los que no podrían sobrevivir si carecieran de una tutela eficaz a través del proceso, planteamiento que coincide con la posición de Luis Favoreu, quien expresa que “personalmente, estimo que es correcta la denominación de Derecho Procesal Constitucional, puesto que su contenido se refiere a la competencia jurisdiccional constitucional y al proceso que debe seguirse para decidir sobre las garantías y no a preceptos constitucionales que se encuadran en el marco de la Constitución en forma estática”.

Debe destacarse que la nueva dimensión de esta disciplina se encuentra estrechamente vinculada a la consagración del sistema del control

concentrado de constitucionalidad, toda vez que los países que han elegido el modelo del control difuso no requieren más normas que las procesales que ya tienen. Siendo así, en este último caso, el Derecho Procesal interno, con las adecuaciones necesarias, resulta suficiente para obtener un control jurisdiccional de constitucionalidad, pero hoy los países mayoritariamente se han inclinado por contemplar el concentrado.

Recordemos nuevamente que esta confrontación entre la necesidad de instaurar un control jurisdiccional de la Constitución y conservar el principio de la separación de poderes fue precisamente lo que llevó a la creación de tribunales constitucionales en Europa continental, con la atribución jurisdiccional particular y específica de velar por la constitucionalidad de las leyes, la que no podría atribuirse al orden judicial tradicional, cuya misión, precisamente, es la de aplicar la ley sin que le sea lícito cuestionarla.

Surgen así las acciones de inaplicabilidad de inconstitucionalidad de la ley y las de los amparos de las garantías constitucionales.

La nueva democracia que surge luego de la Segunda Guerra Mundial llevó a la creación de una magistratura especializada para decidir los conflictos constitucionales, lo que hace que la doctrina en el marco de este nuevo derecho asuma la tarea de explicar y normar esta nueva institucionalidad e incorporarla a los planes de estudio de las escuelas de Derecho.

Hoy su ámbito excede a la soberanía de los países y surge en el área que cubre lo que Héctor Fix denomina la justicia o jurisdicción trascendental, cuyo ejemplo más relevante y reciente es el estatuto jurídico de la comunidad europea.

Volviendo al tema central, bien plantea Eduardo Ferrer que ha llegado la hora en que los procesalistas y constitucionalistas unan sus conocimientos con el fin de lograr la plena convalidación del Derecho Procesal Constitucional como disciplina autónoma.

Entre sus precursores, debe siempre recordarse al chief justice Marshall de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en su sentencia del año 1803 “Marbury vs Madison”, ya que debieron pasar muchos años y una Primera Guerra Mundial para que Hans Kelsen diera forma a un nuevo tribunal que incorpora a la Constitución Política de Austria de 1920. Como comenta Héctor Fix, no obstante que Kelsen se dedicó a la teoría general del derecho y a la filosofía, en sus estudios sobre organismos e instrumentos de decisión de controversia de carácter constitucional, sentaba las bases de esta nueva disciplina que abrió la conocida polémica con el jurista alemán Carl Schmitt

acerca de la naturaleza del órgano de la defensa de la Constitución. Por eso, Niceto Alcalá Zamora destaca a Kelsen como el primer expositor de esta disciplina.

Como nos recuerda Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en su libro *Forjadores del Derecho Procesal Constitucional*, esta denominación fue empleada a mediados del siglo pasado, por Niceto Alcalá Zamora y Castillo en sus clásicas obras *Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional* (1944) y *Proceso, autocomposición y autodefensa* (1947). Sin embargo, dicha expresión no alcanzó una consolidación suficiente sino hasta tiempos relativamente recientes para sistematizar las instituciones y principios jurídico-procesales relacionados con las garantías de la Constitución.

Puede afirmarse que el estudio sistemático de la disciplina según la tesis de Alcalá Zamora, se inicia con el establecimiento de los primeros tribunales constitucionales europeos debido al pensamiento del ilustre jurista Hans Kelsen, que en el año 1928 publica su ensayo denominado “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, ocho años después de la introducción de la Alta Corte Constitucional de Austria (1920), teniendo dicho estudio un impacto importante en la doctrina europea.

Si bien Kelsen no fue un cultivador del procesalismo científico, se le atribuye la paternidad de la disciplina no solo por haber sido el promotor para el establecimiento de la Corte Constitucional en la Constitución austriaca, con lo cual se le considera fundador del modelo de control concentrado de constitucionalidad, sino también por haber establecido los lineamientos, principios e instituciones del Derecho Procesal Constitucional en sus aspectos generales, que con anterioridad no se habían estudiado de manera sistemática. Después de este acontecimiento, la polémica surgida entre Kelsen y Carl Schmitt, acerca del órgano del Estado que debería realizar la función de protector o defensor de la Constitución, agudiza el interés científico por la materia y empiezan a multiplicarse los estudios doctrinales especializados.

No obstante que, en gran medida, el estudio sistemático de la disciplina parte del pensamiento de Kelsen, ya en los albores del siglo XIX se había instituido la revisión judicial norteamericana, que con el célebre caso “*Marbury vs. Madison*”, decidido por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y redactado por su presidente John Marshall en el año 1803, constituye el paradigma de los sistemas de justicia constitucional y, específicamente, del modelo difuso de control de la constitucionalidad.

Se establece así por primera vez un concepto del Derecho Procesal Constitucional como disciplina que se ocupa del estudio de los instrumentos procesales normativos de la Constitución y del pleno amparo de las garantías fundamentales que otorga a los habitantes del país.

Con ello se remueven los obstáculos para el cumplimiento de las normas fundamentales cuando han sido violadas, desconocidas o exista incertidumbre acerca de su alcance o su contenido.

Néstor Pedro Sagüés, en su libro *Logros y obstáculos*, dedicó algunas páginas para reconocer cuáles son las fechas que se consideran como cumpleaños del Derecho Procesal Constitucional.

No es sencillo precisar cuándo nace el derecho procesal constitucional. Los antecedentes más lejanos se remontan al interdicto romano de homine libero exhibendo, preludio del habeas corpus inglés que ya aparece en la Carta Magna (1215).

La “firma de derecho” y el “juicio de manifestación” aragoneses, junto con el “Justicia Mayor” de tal región, también perfilados a partir del siglo XIII, constituyen los datos más precisos en torno a lo que hoy llamamos procesos constitucionales y magistratura constitucional.

Si de las fuentes más próximas, claras y precisas se trata pueden elegirse tres “cumpleaños” simbólicos para el Derecho Procesal Constitucional. El primero es el 26 de mayo de 1679, fecha en que se dicta el habeas corpus “Amendment Act” inglés. Es, probablemente, la primera ley que regula meticulosamente un proceso constitucional, en este caso el habeas corpus, padre indiscutido de la disciplina. El segundo corresponde al caso “Mardbury vs Madison”, fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos el 24 de febrero de 1803, oportunidad en que se institucionaliza para siempre el sistema judicial de control de constitucionalidad. Y el tercer cumpleaños corresponde al 1º de octubre de 1920 cuando se promulga la Constitución de Austria que lanza, gracias a la pluma de Hans Kelsen, al Tribunal Constitucional como órgano especializado de control de constitucionalidad.

## II. CONCEPTO, CONTENIDO, FUNCIONES Y DESAFÍOS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

### 1. Concepto

El Derecho Procesal Constitucional es la rama del derecho que contiene las normas procesales orgánicas y funcionales necesarias para dar eficacia real a la preceptiva constitucional cuando surja un conflicto entre un acto de la autoridad o de un particular y sus disposiciones, valores o principios<sup>2</sup>.

Héctor Fix-Zamudio proporciona en su obra *Estudio de la Defensa de la Constitución* una definición muy completa de esta disciplina al afirmar que: “el derecho procesal constitucional es una de las más recientes ramas del derecho procesal, que analiza de manera sistemática los principios, conceptos, organismos y procesos y procedimientos que tienen por objeto la solución de los conflictos que surgen de la aplicación de las normas constitucionales, o de otra manera, el estudio científico de las diversas garantías de carácter constitucional en sentido contemporáneo, es decir, los instrumentos que se han establecido a fin de restaurar la normalidad *fundamental infringida o desconocida por los órganos del poder público*”.

Néstor Pedro Sagües, uno de los grandes precursores de esta disciplina en su obra *Derecho Procesal Constitucional*, nos dice que esta rama del derecho “es principalmente, el derecho de la jurisdicción constitucional y tiene dos áreas claves: la magistratura constitucional y los procesos constitucionales”.

Por su parte, Rubén Hernández Valle, discípulo destacado de Mauro Cappelletti, en su libro *Derecho Procesal Constitucional*, publicado en Costa Rica en el año 1995, sostiene que el derecho procesal constitucional debe entenderse como aquella disciplina jurídica que estudia los instrumentos de la jurisdicción constitucional, es decir, la magistratura y los procesos constitucionales, coincidiendo así con el profesor Sagües.

Desde Argentina, Osvaldo Gozaíni comenta que esta rama del Derecho Procesal Constitucional se ha perfilado en este siglo como una disciplina independiente del derecho constitucional y del procesal, y agrega, lo que

<sup>2</sup> Juan Colombo Campbell, *Derecho Procesal Constitucional*, Cuaderno del Tribunal Constitucional de Chile, 2004, p. 7.

resulta curioso, pues en la fusión de ambos derechos pareciera estar el sustento esencial de su contenido<sup>3</sup>.

En Chile, Andrés Bordalí, en su publicación especializada *Temas del Derecho Procesal Constitucional*, lo define como aquella disciplina que estudia los principios y normas jurídicas referidos a los procesos instituidos ante la potestad jurisdiccional, ordinaria o especial, tendientes a hacer definitivamente efectiva la supremacía constitucional y la tutela de los derechos constitucionales reconocidos.

Desde un punto de vista sustantivo, destacan las afirmaciones de Gustavo Zagrebelsky, profundo conocedor de la justicia constitucional, en cuanto se plantea la pregunta de si puede afirmarse la existencia de un verdadero Derecho Procesal Constitucional y si bien su respuesta es afirmativa, considera que este posee modalidades que lo separan de otras materias procesales, “un derecho procesal, sí, pero sui generis –es más, muy sui generis– que comprenda en sí pluralidad de perspectivas, que deben reconstruirse alrededor de bienes jurídicos múltiples. Un derecho procesal capaz de comprender las razones no siempre coincidentes de la tutela subjetiva de los derechos constitucionales, pero también las razones de la tutela objetiva de la Constitución”.

Por lo tanto, y en mérito de lo expuesto, le corresponde al Derecho Procesal Constitucional, como se verá, la función de aportar al sistema jurídico de un país que vive en un Estado de derecho, los elementos orgánicos y funcionales necesarios y apropiados para que los conflictos constitucionales puedan ser resueltos por medio de una decisión jurisdiccional que restablezca la plena vigencia de la supremacía de la Constitución, evitando así la aplicación de la auto tutela.

La obra de Hans Kelsen, *Las Garantías de la Jurisdicción Constitucional*, escrita en el año 1928 constituye, en opinión de Carlos Mesía, “el inicio de las formulaciones teóricas del derecho procesal constitucional”, a cuyo concepto nos estamos refiriendo y tratando de precisar.

Debo igualmente recordar que fue Niceto Alcalá Zamora y Castillo quien habló y escribió desde los años 30 sobre la existencia de una legislación procesal constitucional y, en ensayos publicados en el año 1944 en la *Revista de Jurisprudencia Argentina*, se refirió por su nombre al Derecho Procesal Constitucional, volviendo a reiterarlo en sus múltiples publicaciones en

<sup>3</sup> Osvaldo A. Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, Editorial Belgrano, p. 17.

Méjico. Su larga estancia en ese país permitió que naciera toda una escuela tendiente a desarrollar este nuevo derecho como disciplina autónoma e independiente. No obstante, concuerdo con las posiciones de quienes piensan que le corresponde a Héctor Fix-Zamudio el mérito de haberlo desarrollado y fijado sus áreas temáticas, sus problemas y sus contornos teóricos, lo que debe destacarse y reconocerse en este libro.

Igualmente resulta interesante tener presente que Eduardo J. Couture, en su libro *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I parte 3º, se refiere a los “casos de derecho procesal constitucional”, destacando la parte que destina a la inconstitucionalidad por privación de la garantía del debido proceso.

Así, rápidamente, el Derecho Procesal Constitucional surge con fuerza independizándose decididamente del derecho constitucional, lo que se ve confirmado cuando, en el año 1955, Mauro Cappelletti publica en Italia su monografía intitulada *Jurisdicción Constitucional de la Libertad*, obra que, en opinión de Héctor Fix-Zamudio, fue aceptada por un sector mayoritario de ambos continentes –Europa y América– y que corresponde en su desarrollo al conjunto de instituciones procesales tutelares de los derechos consagrados constitucionalmente. Su doctrina se complementará más tarde con su estudio sobre *El control de Constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, publicado, en Milán, en 1968.

Resulta igualmente importante destacar que, a partir del año 1956, aparecen en México los primeros trabajos de Héctor Fix-Zamudio sobre Derecho Procesal Constitucional, que culminan al conmemorarse sus bodas de oro académicas en la UNAM, su casa, que decidió que su homenaje tuviera como eje temático al Derecho Procesal Constitucional, invitando al efecto a un selecto grupo de expositores a participar con sus ponencias en un libro en su honor.

El resultado es el que el lector tiene a su disposición la opinión especializada de más de cuatrocientos juristas a nivel mundial, en la que se unen académicos, profesores, jueces, servidores públicos, discípulos y condiscípulos de varias generaciones, lo que se tradujo en un enfoque plural y amplio de la materia central del Derecho Procesal Constitucional como también su concordancia con otras disciplinas jurídicas.

La obra fue publicada por la Editorial Porrúa en México y se contiene en doce tomos, distribuidos en cuarenta y seis capítulos, referidos en su mayoría a las principales áreas temáticas del estudio de la ciencia del Derecho Procesal Constitucional en su concepción amplia, como más adelante se precisará.

El homenajeado autor, Héctor Fix-Zamudio, en su libro *Derecho Procesal Constitucional*, expresa que ya no existe duda sobre el encuadramiento de la ciencia del Derecho Procesal Constitucional en el campo del derecho procesal y por ello concuerda con la opinión del destacado jurista español Jesús González Pérez, en cuanto sostiene “que solo empleando la técnica propia del derecho procesal podrán replantearse correctamente, y en consecuencia, resolverse felizmente, los problemas que plantean las normas reguladoras del proceso constitucional”.

Al entrar en funcionamiento los tribunales constitucionales en la mayor parte de las naciones democráticamente organizadas, se produce un veloz progreso en el desarrollo de esta nueva disciplina, la que en las últimas décadas ya comienza a enseñarse desde el año 1982, en la Escuela de Derecho de la Universidad de Belgrano, que inauguró un curso de posgrado sobre el Derecho Procesal Constitucional, experiencia que se repite en otras universidades latinoamericanas, entre ellas las de Chile, nuestro país.

Concordante con las ideas centrales del contenido de la disciplina, desde Italia, Luigi Ferrajoli ha calificado su establecimiento como la conquista más importante del derecho contemporáneo para el logro de la protección jurisdiccional de la dignidad de las personas y de los derechos fundamentales frente a la ley, los que no podrían sobrevivir si carecen de una tutela eficaz a través del proceso. En este ámbito, quisiera destacar el empleo del término “dignidad”, que en esta década se mira como una de las más trascendentales garantías constitucionales de las personas y destacando que la Constitución Política Chilena en su artículo 1º, integrando su capítulo Bases de la Institucionalidad, expresa que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Volviendo al desarrollo central de este artículo, personalmente me sumo a la posición de los especialistas que estiman que es correcta la denominación Derecho Procesal Constitucional, para denominar a esta nueva rama del derecho, puesto que su contenido se refiere a la competencia jurisdiccional constitucional y al proceso que debe seguirse para decidir los conflictos constitucionales que se encuadran en el marco de la Constitución en forma estática.

Ahora bien, ya analizado su concepto, cabe destacar que esta disciplina se proyecta con fuerza e independencia al establecerse en Europa Tribunales Constitucionales, a los que se les otorga jurisdicción y competencia exclusiva

y excluyente para decidir los referidos conflictos, aplicando directamente, como ya se dijo, la Constitución como norma decisoria litis.

Kelsen, Calamandrei, Cappelletti, Favoreu, Fix-Zamudio, Couture, Pedro Sagües Brewer-Carias, Niceto Alcalá Zamora, Rodolfo Pisa, este profesor y otros en Chile, se encuentran entre los que han proclamado y enseñado el área del derecho que hoy se denomina justicia constitucional y que forma parte y es propia, como toda la justicia, del Derecho Procesal.

También debo destacar que su nueva dimensión se encuentra estrechamente vinculada a la consagración del sistema de control concentrado de constitucionalidad de la ley, toda vez que los países que han elegido el modelo de control difuso, no requieren más normas que las procesales que ya tienen, por lo cual siendo así, en este último caso el Derecho Procesal interno con las adecuaciones necesarias, resulta suficiente para obtener un control jurisdiccional de constitucionalidad. Más adelante se examinarán las formas y clases de estos controles.

Deseo precisar en el ámbito de los temas a desarrollar que la definición de Héctor Fix-Zamudio de su libro *Estudio de la Defensa de la Constitución en el ordenamiento Mexicano* contiene un muy buen resumen de las materias que comprende esta nueva rama del derecho, al afirmar que el Derecho Procesal Constitucional “analiza de manera sistemática los principios, conceptos, organismos y procesos y procedimientos que tienen por objeto la solución de los conflictos que surgen de la aplicación de las normas constitucionales, o de otra manera, el estudio científico de las diversas garantías de carácter constitucional en sentido contemporáneo, es decir, los instrumentos que se han establecido a fin de restaurar la normalidad fundamental infringida o desconocida por los órganos del poder público”.

Puede precisarse, sin exagerar, como lo afirma el autor de la definición, que ya se ha consolidado plenamente como una disciplina autónoma del derecho procesal general, pues cuenta con una doctrina abundante y en constante aumento; una jurisdicción especializada, que ha producido una profusa jurisprudencia y un conjunto de procedimientos que tutelan las normas fundamentales y los derechos humanos en los ordenamientos constitucionales de nuestra época.

No obstante, la fecha de su nacimiento ha sido objeto de amplios debates a los cuales nos referiremos en el capítulo siguiente.

Finalmente, en el desarrollo de este tema, cabe destacar que el constitucionalista peruano Domingo García Belaúnde considera que esta disciplina está regida por los principios, valores e instituciones del derecho procesal general integrada por la jurisdicción, la acción y el proceso, opinión que es compartida por Mauro Cappelletti.

Puede decirse con certeza que, en los últimos sesenta años, el Derecho Procesal Constitucional ha tenido un paulatino desarrollo caracterizado por ser creciente y dinámico, existiendo abundante material que lo estudia desde importantes puntos de vista.

Su nombre utilizado, como ya se comentó desde la década del 40 por el procesalista español Niceto Alcalá Zamora y Castillo, se ha impuesto lento pero sostenidamente en el mundo europeo como también en los países emergentes que cuentan con un sistema de protección jurisdiccional de la Constitución.

## 2. Contenido

Héctor Fix-Zamudio, a propósito de las breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del Derecho Procesal Constitucional, expresa “que de las breves reflexiones anteriores que esta es una materia que ha recibido las diversas denominaciones de defensa, control, justicia, jurisdicción y derecho procesal, todos estos vocablos con el calificativo de constitucional. No obstante que se utilizan como equivalentes, entre estas denominaciones existen, por su vinculación con los estudios de teoría o doctrina general del proceso o del derecho procesal, el nombre de Derecho Procesal Constitucional, con el objeto de sustituir la que se ha utilizado hasta ahora de justicia o jurisdicción constitucional para designar la disciplina científica que analiza de manera sistemática las garantías constitucionales, las que ya no deben considerarse como equivalentes a los derechos humanos consagrados constitucionalmente, sino como los instrumentos jurídicos predominantemente procesales, que se utilizan como medios para la solución de los conflictos que surgen de la aplicación de las normas de carácter constitucional”.

Complementando el análisis de su concepto, corresponde manifestar que el Derecho Procesal Constitucional comprende el desarrollo de las siguientes áreas temáticas:

- a) El conflicto constitucional, sus formas de solución

- b) El Derecho Procesal Constitucional orgánico
- c) El Derecho Procesal Constitucional funcional
- d) La justicia constitucional
- e) La supremacía constitucional y su protección jurisdiccional

Es por ello que en este entorno ahora forman parte de esta rama del derecho trascendentales materias del quehacer jurídico, entre las que debemos recordar y destacar la supremacía constitucional, la jurisdicción constitucional, los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes, decretos y otros actos públicos, y la tutela judicial efectiva de las garantías que las constituciones aseguran a los habitantes del país a través de la acción de amparo.

En síntesis, esta nueva y robusta rama del derecho está destinada a proporcionar normas eficaces para la protección jurisdiccional de la Constitución política, como norma suprema del país, como más adelante se precisará.

### **3. Funciones que cumple el Derecho Procesal Constitucional**

Las funciones que cumple el Derecho Procesal Constitucional están contenidas y surgen de los elementos de su definición y, como no es posible señalar todos los sectores del Derecho Procesal Constitucional que examinó Mauro Cappelletti en su muy extensa bibliografía, se analizarán, en esta oportunidad, algunos de los temas de mayor importancia.

- a) Incorpora al derecho interno del país normas destinadas a proporcionar una protección efectiva de la Constitución por medio del proceso jurisdiccional, en el que los jueces para decidir dónde la aplican como norma decisoria litis. En otros términos, cuando surgen conflictos constitucionales y la norma básica queda indefensa, le corresponde al Derecho Procesal Constitucional poner a su disposición las herramientas adecuadas, que le permitan recuperar su vigencia real. Siendo así, la solución pacífica del conflicto constitucional es la primera gran función que le corresponde a esta rama del derecho procesal.

En efecto, el Derecho Constitucional analiza la Constitución, sus normas y valores, desde un punto de vista estático. Mas, cuando su preceptiva es violentada y surge un conflicto de intereses de relevancia constitucional que debe ser resuelto, este escapa del ámbito del Derecho Constitucional, que carece per se del poder indispensable para restablecer la supremacía de la Constitución

que solo puede obtenerse por medio de una sentencia jurisdiccional. De este modo, cuando el sistema crea tribunales constitucionales con competencia para dar solución al conflicto constitucional, ingresa a través del proceso al ámbito del Derecho Procesal, que pone a disposición de los afectados por la infracción, un tribunal competente e idóneo y las normas funcionales necesarias para tramitarlo como se dijo, decidirlo en un debido proceso.

Como sostiene Allan Brewer-Carias, el juez constitucional al proteger la Constitución, siempre tiene un deber adicional al juez ordinario: debe defenderla y, en especial, los valores que en un momento dado estuvieron en la base de su creación con miras a “mantenerla viva”.

- b) El Derecho Procesal Constitucional se pone en movimiento cuando surge un conflicto constitucional el que se produce, como más adelante se dirá, cuando la autoridad o los particulares infrinjan la preceptiva de la Constitución violentando su contenido, lo que impulsa el ejercicio de la jurisdicción que la protege.

En este contexto, como lo afirma Eduardo Couture, el proceso es la forma que contempla el Derecho Procesal Constitucional para resolver dichos conflictos, en el cual un tribunal con jurisdicción y competencia plena aplicará e interpretará la norma constitucional, en el caso concreto, decidiendo con su mérito, reiterando que el juez, para decidirlo, aplica la Constitución directamente como norma decisoria litis.

- c) El sistema procesal orgánico, destinado a dar protección a la Constitución, puede contemplar para lograrlo el establecimiento de un sistema concentrado con uno o más Tribunales Constitucionales competentes o darles competencia a todos los del sistema común, si opta por el control difuso.

El ordenamiento interno de cada país establecerá el control jurisdiccional de constitucionalidad que estime más adecuado a su historia y necesidades. Si considera mejor el concentrado, deberá entregarle competencia a un Tribunal Constitucional, a una Sala Constitucional de la Corte Suprema o a un sistema de tribunales con competencia compartida.

Reitero que en cualquier alternativa ello implica ampliar el radio de la jurisdicción que se refería a los conflictos civiles y criminales y que ahora pasa a cubrir la facultad de conocer y resolver los conflictos constitucionales.

El conflicto se traspasará, para su decisión, al tribunal constitucional competente impulsado por el ejercicio de una acción, cuyos titulares deben ser precisados y legitimados y se establecerá un procedimiento al cual deberá someterse la sustanciación del proceso, hasta terminar con la sentencia decisoria, cuyos efectos siempre serán trascendentes y, en especial, cuando declare la inconstitucionalidad de leyes o decretos.

La ampliación del ámbito de la jurisdicción fue necesaria para incluir en su esfera de poder la solución de los conflictos constitucionales los que, por producirse en su mayoría entre poderes públicos, históricamente y por aplicación del principio de separación de funciones o no tenían solución o se auto tutelaban.

Fue esta confrontación entre la necesidad de instaurar un sistema de control jurisdiccional de la ley y conservar la observancia del principio de la separación de poderes, lo que llevó a la creación de Tribunales Constitucionales en Europa continental, con la atribución jurisdiccional particular y específica de velar por su constitucionalidad, la que no podría atribuirse al orden judicial tradicional, cuya misión, precisamente, es la de aplicarla sin que le fuese lícito cuestionarla.

Chile, ya en la Constitución de 1925, amplió limitadamente el radio de la jurisdicción de los tribunales establecidos, al otorgar a la Corte Suprema la facultad de declarar, en casos concretos y con efectos limitados a las partes del proceso, la inaplicabilidad de una ley por vicio de inconstitucionalidad y luego otorgaría a las Cortes de Apelaciones la facultad de conocer de la acción de amparo de garantías personales, que denominó protección. Por reforma en el año 1970, se creó y le incorporó a su texto el primer Tribunal Constitucional que funcionó con facultades insuficientes hasta 1973.

Pocos años después, la Constitución de 1980 lo restablece con una nueva composición y atribuciones, destacándose entre su nueva competencia la que le otorga el control preventivo de las leyes orgánicas constitucionales y de las que interpreten algún precepto de la Constitución; la autoridad para invalidar ciertos decretos inconstitucionales; decidir conflictos que se susciten en la convocatoria a plebiscito; declarar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de los partidos políticos, organizaciones o movimientos que atenten contra la Constitución; resolver las inhabilidades de los parlamentarios o Ministros de Estado y, finalmente, participar en el proceso de declaración de inhabilidad del Presidente de la República.

No obstante, mantuvo en la competencia de la Corte Suprema la facultad de declarar inaplicable por inconstitucionales a las leyes vigentes. Fue la modificación constitucional del año 2005 la que traspasó la competencia de control constitucional de las leyes al Tribunal Constitucional, perfeccionándola.

- d) Poner a disposición de los sujetos del conflicto al proceso como forma de solución.

#### **4. Contenido que debe tener el Derecho Procesal Constitucional para que cumpla sus funciones**

Las principales materias que debe comprender son las que a continuación se indican y, además, hay algunos temas que necesariamente debe recoger el Derecho Procesal Constitucional y que requieren urgente respuesta de los especialistas, los que también se precisan a continuación para integrar sus funciones.

- a) El control de constitucionalidad de los actos públicos y si este debe ser, concentrado o difuso; a priori o a posteriori.
- b) En caso de optarse por el control concentrado, si este debe dárse a un Tribunal Constitucional, a Salas Constitucionales en la Corte Suprema; o, si se estima mejor, contemplar un control compartido, en que otros Tribunales pueden controlar la constitucionalidad de los actos públicos o privados, como es el caso actual en Chile de los Tribunales Electorales y de las Cortes de Apelaciones, cuando conocen estas últimas del amparo y de la protección de garantías constitucionales.
- c) La Constitución como norma decisoria litis.
- d) Cuáles deben ser los principios aplicables para lograr una eficiente aplicación e interpretación de la Constitución.
- e) Analizar la competencia adicional del Tribunal Constitucional como tribunal de emergencia, para resolver los grandes conflictos políticos, a fin de evitar que se busquen soluciones auto tuteladoras.
- f) Otorgar tutela judicial efectiva a las garantías constitucionales de las personas, mediante las acciones de amparo.
- g) Los principios informadores orgánicos y la realidad de cada país deben iluminar al constituyente para escoger la mejor forma de justicia constitucional.
- h) Análisis del debido, justo y oportuno proceso constitucional; su concepto.

Precisado lo anterior, paso a referirme a los principales temas que constituyen las funciones básicas que debe cumplir el Derecho Procesal Constitucional, las que incluyen especialmente a la denominada justicia constitucional, la supremacía constitucional y los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes y otros actos públicos.

La Supremacía Constitucional, podemos adelantar, es un principio ya universalmente aceptado y reconocido por la mayor parte de las constituciones del mundo. Su protección, a través de la jurisdicción, constituye un elemento esencial para garantizar su eficacia.

Por el momento, me limitaré a destacar algunos de sus elementos históricos y conceptuales que tienen especial incidencia procesal en su contenido de sus funciones:

O la Constitución es la Ley Suprema, inmutable por medios ordinarios, o está en el nivel de las leyes ordinarias, y como otra, puede ser alterada cuando la legislatura se proponga hacerlo. Si la primera parte de la alternativa es cierta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; si la última parte es exacta, entonces las constituciones escritas son absurdos proyectos por parte del pueblo para limitar un poder ilimitable por su propia naturaleza. Ciertamente, todos los que han sancionado constituciones escritas, las consideraban como ley fundamental y suprema de la nación y por consiguiente, la teoría de cada uno de los gobiernos debe ser que una ley de la legislatura que impugna a la Constitución es nula.

Con estas sencillas palabras, el ilustre juez de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, John Marshall, exponiendo la opinión de la Corte en el caso *Marbury vs. Madison* consagraba definitivamente, a comienzos del siglo XIX, el principio de la supremacía constitucional.

Dicho principio, que reconociendo lejanos antecedentes había sido formulado originariamente por sir Edwards Coke, constituye la más efectiva garantía de la libertad y dignidad del hombre, puesto que impone a los poderes constitucionales la obligación de ceñirse a los límites que la Constitución –como Ley Superior– establece y a respetar los derechos fundamentales que ella reconoce y asegura a todas las personas.

El principio de la supremacía de la Constitución fue desarrollada por primera vez en 1788 por Alexander Hamilton, cuando al referirse al papel de los jueces como intérpretes de la ley afirmó que una Constitución es de hecho, y así debe ser considerada por los jueces, como una ley fundamental. Si se produce

una situación irreconciliable entre la Constitución y la ley, por supuesto la Constitución debe prevalecer por sobre las leyes. Por consiguiente, ningún acto contrario a la Constitución puede ser válido.

Al indicar claramente las Cartas Fundamentales, como principio básico que todos los órganos del Estado y los particulares quedan sometidos a la Constitución, establece la primera gran regla en que se consagra la supremacía aludida, siendo, en consecuencia, obligatoria para todos ellos.

Al respecto, cabe señalar que con lo expresado quedan comprendidos todos los órganos estatales de gobierno, legislativos o jurisdiccionales, como los servicios administrativos encargados de la satisfacción de las necesidades públicas y que se encuentran vinculados orgánicamente al Estado.

El solo hecho que el ordenamiento constitucional haya establecido esta amplia batería de instituciones para el resguardo de la supremacía constitucional y la protección de los particulares, frente a la extendida capacidad del Ejecutivo para administrar el país, es el claro reconocimiento de que el poder del Presidente de la República en esta materia es amplio y requiere tener variadas instancias y contenciones en resguardo de los derechos de los ciudadanos.

Sin embargo, como es fácil comprender, no basta con proclamar que las normas contenidas en la Constitución son las de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico de un Estado para que estas sean respetadas por los poderes constituidos y obren como límite de sus atribuciones y eficaz salvaguardia de los derechos del hombre. Siempre subsistiría la posibilidad de que los órganos que ejercen los poderes instituidos sobrepasen las disposiciones de la Carta Fundamental y, extralimitándose en el ejercicio de sus atribuciones, pongan en peligro la institucionalidad misma de la República. Por lo tanto, la frase o las garantías de sus habitantes en la declaración de la supremacía constitucional resulta, pues, insuficiente.

Siendo así, al hablar de este principio debe incluirse, necesariamente, tanto la protección de las disposiciones escritas en la Constitución, como también y, especialmente, los valores fundamentales que están en la base de la misma, los que, por la vía de la decisión jurisdiccional, deben cobrar plena vigencia.

A propósito del tema, recuerdo nuevamente a Cappelletti en cuanto expresa que la Constitución no debe ser concebida como una simple pauta de carácter político, moral o filosófico, sino como una ley verdadera positiva y obligante con carácter supremo y más permanente que la legislación positiva ordinaria.

Es por ello que García de Enterría concluye que hoy las constituciones son normas jurídicas efectivas, que prevalecen en el proceso político en la vida social y económica del país y que sustentan la validez a todo el orden jurídico.

El éxito de la Supremacía Constitucional tiene pleno sustento en las modernas concepciones planteadas por los más destacados juristas como Hans Kelsen, Mauro Cappelletti, Piero Calamandrei, Eduardo Couture y Pedro Sagüés y los magistrados constitucionales, que al dar un nuevo enfoque a la eficacia jurisdiccional de las garantías constitucionales, a través del proceso, la han configurado con autonomía.

La Constitución se plantea así, definitivamente, como una norma decisoria litis, de aplicación directa para el juez en la solución de todo conflicto constitucional.

Concluyo esta parte, afirmando que hoy la supremacía constitucional, además de cumplir su rol básico, en un Estado de derecho constituye un derecho de los habitantes de la nación, tanto para lograr que se respete el sistema institucional como para obtener la tutela jurisdiccional de sus garantías constitucionales.

Otro tema que destaca en el área de las funciones que cumple esta nueva rama del derecho procesal, es el ejercicio de la denominada justicia constitucional. No obstante, en esta primera parte solo deseo exponer algunos antecedentes sobre ella en torno a la función que cumplen.

Quiero, en primer término, coincidir con Alan Brewer-Carias en cuanto señala que la Justicia Constitucional es fundamentalmente posible, no solo cuando existe una Constitución, como norma verdaderamente aplicable por los tribunales sino, además, cuando la misma tiene efectiva supremacía sobre el orden jurídico en su conjunto en el sentido de que prevalece frente a todas las normas, actos y principios de derecho contenidos en un sistema jurídico determinado. Esta supremacía de la Constitución sobre las demás fuentes del derecho y, en particular, sobre los actos del Parlamento, implica que la Constitución es la ley suprema que determina los valores supremos del orden jurídico, y que, desde esa posición de supremacía, puede ser tomada como parámetro para determinar la validez de las demás normas jurídicas del sistema.

## **5. Procedimientos y acciones destinados a dar eficacia a la supremacía constitucional**

Surge así la necesidad de contar con la existencia de mecanismos, sistemas o procedimientos destinados a preservar, en el orden de la realidad, esa supremacía constitucional establecida en el orden de las normas.

Constitucionalidad implica la configuración de un medio de defensa jurisdiccional de un orden constitucional concreto, articulado en una Constitución que se caracteriza por ser asumido por sujetos ajenos al proceso de producción normativa y por recaer, salvo excepciones, sobre normas perfectas y plenamente vigentes y que se articula formalmente como la garantía de la primacía de la Constitución sobre las demás normas del ordenamiento jurídico positivo.

Esta labor de integración la realizan los tribunales constitucionales que no es otra que la síntesis dialéctica entre pluralidad y unidad y la desarrollan al afirmar la supremacía de la Constitución. En este aspecto es ella, como expresión del pueblo –comunidad compuesta de las más diversas tendencias– la que desarrolla una decisiva función integradora, que se expresa en la consagración de valores que orientan y dan contenido al proceso integrador.

Es por ello que los tribunales constitucionales como órganos encargados de salvaguardar la supremacía de la Constitución, están protegiendo los principios que significan tal integración.

Teniendo presente que el peligro más grande que puede concebirse para la integridad del orden constitucional, es la eventual vigencia de leyes inconstitucionales, dado que estas, por el carácter general que normalmente tienen, entrañan la posibilidad permanente de continuas violaciones de la Ley Fundamental cada vez que sean aplicadas, debe buscarse un camino para que ellas sean eliminadas y el mejor, para lograrlo, es la sentencia jurisdiccional. Su aplicación evita la alternativa, siempre atrayente para algunos, de usar la auto tutela para resolver un conflicto constitucional. La historia está llena de ejemplos de conflictos entre poderes públicos que se han resuelto por la fuerza, llámesese esta revolución o golpe de Estado, incluso en la historia de Chile.

De otra parte, los habitantes de la nación lograrán el pleno respeto de sus derechos constitucionales cuando cuenten con el proceso jurisdiccional como forma de hacer efectiva la supremacía constitucional.

En mi país, Chile, desde la década del 60 se enseñan las bases constitucionales del Derecho Procesal, las acciones y los recursos constitucionales destinados a protegerlas. Entre estas, destacan el amparo personal y la protección de las garantías básicas a las que se suman las acciones de inconstitucionalidad.

Puede decirse que hoy presenciamos una nueva legitimidad, la legitimidad constitucional.

A continuación, por la proyección e importancia que revisten en las áreas señaladas, me referiré a los sistemas para el control de constitucionalidad de las leyes, los que, como es sabido, hoy se encuentran en la esfera de competencia de los Tribunales Constitucionales.

Esta confrontación entre la necesidad de instaurar un control jurisdiccional de la Constitución y conservar el principio de la separación de poderes, fue precisamente, lo que llevó a la creación de Tribunales Constitucionales en Europa continental, con la atribución jurisdiccional particular y específica de velar por la constitucionalidad de las leyes, la que no podría atribuirse al orden judicial tradicional, cuya misión, precisamente, es la de aplicar la ley, sin que le fuese lícito cuestionarla.

Para lograr la plena aplicación del principio de supremacía constitucional, existen dos grandes sistemas de control de constitucionalidad de los actos del Estado y, entre ellos, muy principalmente de los emanados del poder legislativo. El primero es el denominado control difuso, que permite a todos los tribunales de un país declarar inconstitucional una ley invocada como decisoria litis en un proceso sometido a su conocimiento y, por lo tanto, inaplicarla cuando su contenido sea contrario a la Constitución. Es el caso de Estados Unidos, en que a partir del famoso proceso que vuelvo a recordar, *Marbury vs. Madison*, decidido por la Corte en 1803, sentó jurisprudencia en el sentido de que todo tribunal norteamericano debía aplicar la Constitución si era contraria a una ley. Con variantes siguieron este ejemplo Argentina, Brasil, Colombia, México, Australia, Canadá, Japón, Suecia, Noruega y Dinamarca.

Osvaldo Gozaíni precisa que él otorga a todos y a cada uno de los jueces la potestad de controlar la constitucionalidad de las leyes, agregando que en síntesis la conclusión es bastante simple: en la actuación, cualquier juez tiene el deber de resolver la aplicación de una ley común que contrasta con la norma constitucional; debe no aplicar la primera, declarando su inutilidad por violar la garantía prevista en la supremacía fundamental.

El segundo es el sistema concentrado, donde el control de constitucionalidad de las leyes y de otros actos del Estado, le corresponde privativamente a un solo tribunal. Generalmente, este es un Tribunal Constitucional o una Sala Constitucional de la Corte Suprema. Su fundamento radica en la conveniencia de que sea un solo juez el que tenga facultad para interpretar la Constitución y determinar así cuándo las leyes u otros actos de autoridad son contrarios a sus disposiciones. Con ello se logra uniformar criterios en este sentido y dar eficacia real al principio de igualdad ante la ley y, como consecuencia, a su igual protección en el ejercicio de sus derechos.

El control concentrado se denomina también sistema austriaco y es una magistratura concentrada y especializada por haberse incorporado originalmente por Kelsen en ese país en su Constitución de 1920.

Analizado su concepto y las principales funciones que cumple el Derecho Procesal Constitucional, cabe destacar, a continuación, que esta disciplina surge con fuerza e independencia cuando se establecen en Europa los Tribunales Constitucionales, a los que se les otorga jurisdicción y competencia exclusiva y excluyente para decidir conflictos constitucionales aplicando directamente, como ya se dijo, la Constitución como norma *decisoria litis*.

Kelsen, Calamandrei, Cappeletti, Favoreu, Fix-Zamudio, Couture, Pedro Sagües, Gerardo Eto, Brewer-Carias, Niceto Alcalá Zamora, Rodolfo Pisa, este profesor y otros en Chile, se encuentran entre los que han proclamado y enseñado el área que hoy se denomina Justicia Constitucional y que es propia, como toda la justicia, del Derecho Procesal.

En esta perspectiva, la nueva dimensión de esta disciplina se encuentra estrechamente vinculada a la consagración del sistema del control concentrado de constitucionalidad, toda vez que los países que han elegido el modelo del control difuso, no requieren más normas que las procesales que ya tienen. Y en este caso, el Derecho Procesal interno, con las adecuaciones necesarias, resulta suficiente para obtener el control jurisdiccional de constitucionalidad.

En cambio, en el sistema concentrado se requiere, a lo menos, una normativa que considere la ampliación del ámbito de la jurisdicción para incluir en su esfera de poder la solución de los conflictos constitucionales que, por producirse en su mayoría entre poderes públicos, por aplicación del principio de separación de funciones, antes, o no tenían solución o se auto tutelaban.

Cuando un país vive en un Estado de derecho que conduce a la plena aplicación del principio de supremacía constitucional, surge la evidente necesidad de garantizarlo con una normativa precisa que lo proteja jurisdiccionalmente.

Esto significa contar con instituciones procesales que la resguarden.

Surge así la necesidad de incorporar al sistema jurídico del país un guardián de su Constitución –el Tribunal Constitucional–, que por su propia naturaleza resuelve conflictos jurídico-políticos con jueces que deban ser profundos conocedores de la realidad nacional y contar con una competencia amplia y adecuada para que puedan cumplir debidamente sus funciones. En paralelo, deben otorgarse a los habitantes de la nación y a los poderes públicos, las herramientas procesales para impulsar la apertura de un proceso debido, justo y oportuno que garantice tanto los poderes públicos como a los habitantes de la nación una correcta interpretación y la plena aplicación de la preceptiva constitucional.

De este modo, hoy el Estado se encuentra enfrentado a la necesidad de regular estas nuevas áreas del derecho y lo hace con la creación de esta nueva disciplina jurídica, el que surge con fuerza en Europa, EE.UU. y en los últimos años en Latinoamérica.

Cuando nace esta disciplina, el profesor Néstor Pedro Sagüés, en su libro *Derecho Procesal Constitucional, Logros y Obstáculos*, que tuve el honor de presentar en uno de los encuentros sobre Estado de derecho, patrocinado por la Fundación Konrad Adenauer, en su introducción afirma: “que no resulta sencillo precisar cuándo nace el Derecho Procesal Constitucional”, agregando que podría tener tres cumpleaños. El primero es el 26 de mayo de 1679, fecha en la que se dicta la “Habeas Corpus Amendment Act” inglesa. Es, probablemente, la primera ley que regula meticulosamente un proceso constitucional, en este caso al habeas corpus, padre indiscutido de la disciplina. El segundo corresponde al caso “Marbury vs. Madison”, fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos el 24 de febrero de 1803, oportunidad en que se institucionaliza para siempre el sistema judicial de control de constitucionalidad. Y el tercer cumpleaños corresponde al 10 de octubre de 1920, cuando se promulga la Constitución de Austria que lanza, gracias a la pluma de Hans Kelsen, al Tribunal constitucional como órgano especializado de control de constitucionalidad.

El reciente auge del derecho procesal constitucional, queda demostrado en Latinoamérica por la programación de las cátedras de la asignatura, tanto

a nivel de grado como de posgrado en Argentina, Colombia, Panamá, Perú y Costa Rica, entre otros países; la sanción de códigos de derecho procesal constitucional, al estilo de la ley 7135 de jurisdicción constitucional en Costa Rica, o la ley 8369 de la provincia de Entre Ríos, y el Código de Derecho Procesal Constitucional de Tucumán en Argentina, Brasil, Colombia y Panamá a más del de Perú, en el 2004, por ley 28.237; la creación en 1991 del Centro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, reformulado en el 2003 como Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, que ha realizado ya tres Encuentros Latinoamericanos; la concreción de seminarios y congresos especializados en la materia, a nivel local e internacional, como los habidos en Santiago de Chile, organizados por la Universidad Central; en Arequipa, por la Universidad Nacional de San Agustín; en Buenos Aires, por la Pontificia Universidad Católica Argentina y la de Belgrano, a más de los habidos en la ciudad de Mar del Plata, por la Universidad Santo Tomás de Aquino, el primer Seminario Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional programado por la Universidad Coral Reef de Cancún en el 2003, etcétera; las maestrías existentes en la Universidad Panamericana de México, o en la Universidad Andina Simón Bolívar de Bolivia, todo ello sumado a una fructífera bibliografía, cada vez más numerosa, alerta sobre la importancia y el desarrollo alcanzado por esta especialidad.

En este ámbito, debo señalar que hay claramente maestros que fueron sus precursores y claros exponentes, destacándose en Italia a Piero Calamandrei, Antonio la Pergola, Mauro Cappelletti; en Austria Hans Kelsen, en España Niceto Alcalá Zamora y Castillo y en Francia Luis Favoreau.

En nuestra América, destacan claramente Héctor Fix-Zamudio, Néstor Pedro Sagües y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, los que impulsaron la creación de institutos de Derecho Procesal Constitucional, lo que ha producido un gran auge de esta disciplina en México, Brasil y Argentina.

Néstor Sagües, en su obra *Logros y Obstáculos*, plantea su desafío espacial y nos dice: “El desafío espacial aludimos aquí al tal vez principal de los retos: el de la superficie que debe cubrir el derecho procesal constitucional. Es el problema de su extensión y contenido, a la vez que de su perímetro y fronteras. ¿Dónde comienza y dónde termina? ¿Cuál es su perfil y su relieve?”. Hay en este punto dos posturas clave, cada una con sus variantes.

- a) La versión mínima del Derecho Procesal Constitucional lo entiende como una disciplina eminentemente procesal, y la circunscribe a dos temas

esenciales: la magistratura constitucional y los procesos constitucionales, que tal vez se podrían sintetizar en uno solo: la jurisdicción constitucional.

Para esta concepción, el Derecho Procesal Constitucional se ocupa de los órganos y de los procesos que custodian la supremacía de la Constitución. La cuestión parece simple, pero a la postre no lo es.

En los países con control concentrado de constitucionalidad, la temática tiende a estrecharse: la magistratura constitucional sería el Tribunal o Corte Constitucional, y los procesos constitucionales, los diferentes recursos y trámites que se tramitan<sup>4</sup> ante aquel, en aras de tutelar la supremacía de la Constitución.

Pero en los países con control difuso o desconcentrado, al estilo de los Estados Unidos, resulta que todo juez es, en principio, idóneo para juzgar la inconstitucionalidad de un precepto; y esa inconstitucionalidad puede alegarse también en cualquier proceso. Con ello, la superficie del Derecho Procesal Constitucional sufriría una expansión enorme. Para circunscribirla de algún modo, en estos países se prefiere reservar la expresión “proceso constitucional” solo para determinada clase de procesos: los especialmente destinados a tutelar principios, valores o derechos constitucionales, como, por ejemplo, la acción de inconstitucionalidad, el recurso extraordinario (cuando opera como vehículo del control de constitucionalidad), el habeas corpus, el amparo de garantías o el habeas data.

Aun así, el problema no está del todo resuelto. Qué decir, por ejemplo, de órganos no judiciales que pueden realizar control de constitucionalidad como, por ejemplo, el Congreso de los Estados Unidos, cuando una de sus salas (la

<sup>4</sup> Entre los libros que se han editado con el título específico de la disciplina, pueden mencionarse, a título ejemplificativo, los siguientes: González Pérez, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Civitas, Madrid, 1980; Rosas, Roberto, “Direito procesual Constitucional”, *Revista dos Tribunais*, San Pablo, 1983; Sagüés, Néstor P., *Derecho procesal constitucional*, 4 vols., Buenos Aires, Astrea, con diferentes ediciones; Eto Cruz, Gerardo, *Breve introducción al derecho procesal constitucional*, Trujillo, Centro de Estudios “Derecho y Sociedad”, 1992; Rev Cantor, Ernesto, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Cali, Universidad Libre, 1994; Gozaini, Osvaldo A., *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos*, México, UNAM, 1995 y, además, entre otros, su *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, UB, 1999; García Belaúnde, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Trujillo, Universidad César Vallejo, 1998 (hay edición posterior en Bogotá, Temis); Rodríguez Domínguez, Elvito, *Derecho procesal constitucional*, Lima, Grijley, 1997; aunque muchos otros abordan la temática, con los títulos de jurisdicción constitucional, tribunales constitucionales, procesos y recursos constitucionales, etcétera. Desde luego, cabe destacar el sumamente importante *Derecho procesal constitucional* que, con la coordinación de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, ha publicado, en varias ediciones, la editorial Porrúa de México.

de representantes) acusa, y el Senado juzga, en el juicio político (*impeachment*) al presidente o a otros funcionarios federales. ¿Qué opinar sobre el rol del Parlamento, cuando en muchos países evalúa la validez constitucional de los diplomas de los legisladores que se incorporan a él? El acoplamiento o el rechazo de esa magistratura constitucional no judicial al Derecho Procesal Constitucional (y de los consecuentes procesos o trámites) importa un terreno todavía en disputa entre el derecho constitucional y la disciplina que nos ocupa<sup>5</sup>. En Chile, podemos señalar que llamamos juicio político en que la Cámara de Diputados acusa a los Ministros de Estado, conflicto que decide el Senado actuando como jurado.

- b) Pero hay otra región más debatida. Aludimos al Derecho Constitucional Procesal, sector del derecho constitucional que trata de los principios constitucionales regulatorios del proceso. Las reglas de la Constitución concernientes al debido proceso y a la defensa en juicio resultan, a menudo, casi confundidas con las normas relativas a los procesos constitucionales. Por ejemplo, la doctrina exclutoria del “fruto del árbol venenoso” (*fruit of the poisonous tree*), que reputa constitucionalmente inválidas las probanzas obtenidas en un proceso penal a partir de un acto lesivo al debido proceso constitucional, atrae irresistiblemente a los procesalistas constitucionales. Lo mismo ocurre con principios como los de pronta justicia, la erradicación de las confesiones compulsivas, el derecho del justiciable a ser juzgado por sus jueces naturales y a obtener una sentencia que para que sea constitucional también debe ser razonable, de lo que nace la teoría de las “sentencias arbitrarias” como opuestas a la Constitución.

Claro está que si se añade al Derecho Procesal Constitucional todo el Derecho Constitucional Procesal, esa sumatoria engendra una rama jurídica por cierto inmensa, de contornos imprecisos y con una vocación expansiva preocupante. En definitiva, aunque hemos adherido a la tesis restrictiva del Derecho Procesal Constitucional, cabe reconocer que numerosos programas

<sup>5</sup> Así lo propicia la llamada doctrina “orgánica”. Uno de sus cultores, Franz W. Jerusalem, manifiesta incluso que en el derecho estadounidense no se conocía debidamente a la “jurisdicción constitucional”, desde el momento en que no había Tribunal Constitucional específico. Véase Sagüés, Néstor P., *Derecho procesal constitucional*, t. 1, Recurso extraordinario, 4º ed., Buenos Aires, Astrea, 2002, pp. 7 y ss. Para la tesis amplia podría entonces hablarse incluso de una jurisdicción constitucional “parlamentaria”. Véase sobre el tema Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional*, trad. de Pablo Lucas Verdu, Madrid, Tecnos, 1965, pp. 545-548.

de la asignatura se sitúan en la concepción amplia, y que el punto no está todavía resuelto. En aras de comprender esta situación de indefinición, puede decirse que como disciplina joven que es, el Derecho Procesal Constitucional sufre, al modo de un adolescente, un período de crisis de identidad y de falta de madurez que solo el tiempo podrá resolver. Corresponde, pues, asumir ese reto, y encararlo sin evasivas o negaciones que en nada sirven para superarlo<sup>6</sup>.

Me referiré a continuación a su desafío metodológico. Se trata de una prueba que debe afrontar toda disciplina jurídica, pero que es especialmente difícil para el Derecho Procesal Constitucional.

Actualmente, crece la sensación de que únicamente un enfoque metodológico tridimensional (esto es, que atienda el fenómeno jurídico desde tres perspectivas: norma, realidad y valores), puede brindar una visión integral del derecho. Para el Derecho Procesal Constitucional, ello parece imprescindible: a) En cuanto la dimensión normativa, la disciplina ofrece un panorama peculiar: con frecuencia, el conjunto de sus normas formales (derecho positivo expedido según el ordenamiento formal en vigor) es bastante reducido, mientras que el sector de las reglas del derecho informal (derecho consuetudinario procesal constitucional, derecho repentino), es abundante. Las prácticas judiciales, las normas emergentes de los pronunciamientos judiciales (en particular, de una Corte Suprema) van delineando, en verdad, la mayor parte del aparato normativo de esta materia.

Bien puede decirse que, en muchos de sus tramos, el Derecho Procesal Constitucional de un país latinoamericano se parece a un pedazo de *common law* anglosajón más que a un derecho legislado al estilo europeo continental; ello obliga, desde luego, a un esfuerzo especial para estudiantes y abogados a entender a la materia, no en sintonía de “código”, sino auscultando las reglas que lentamente emergen (y cambian) principalmente de las resoluciones y usos tribunalicios. En tal quehacer, el interesado en saber qué es el Derecho Procesal Constitucional de un Estado difícilmente halla las respuestas normativas en el escaso listado de preceptos formales que podrá obtener; en

<sup>6</sup> Véase Fix-Zamudio, Héctor: “Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano”, en *Memorias de El Colegio Nacional*, t. IX, N°4, pp. 44, 87 y ss. Precisamente, el ya citado libro de Roberto Rosas, titulado *Direito processual constitucional*, abarca en mucho temas de Derecho Constitucional Procesal. A su turno, en Argentina, la doctrina de las “sentencias arbitrarias” ocupa la mayor parte del recurso extraordinario federal. vehículo procesal por excelencia para arribar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y pieza vital del derecho procesal constitucional. Véase nuestro *Derecho procesal constitucional*, t. 2. Recurso extraordinario, op. cit., pp. 187 y ss.

cambio, tendrá que rastrearlo en los repertorios jurisprudenciales y en los usos y costumbres no escritos, decisivos para acceder cabalmente a la disciplina.

A parte de ese reto, el Derecho Procesal Constitucional afronta ahora el de su codificación. Mencionamos ya el caso, a título de muestra, de Costa Rica y de Entre Ríos y Tucumán (en la Argentina y el Perú), pero también abundan normas y proyectos en otros países. Idealmente, la propuesta es impecable: nada mejor que tratar, orgánica y sistemáticamente, a institutos procesal-constitucionales dispersos. En la práctica, la duda que aparece es si tal codificación auxilia al desenvolvimiento de la disciplina o la apresa en un corsé normativo. El temor a la reglamentación es tan grande, que algunas constituciones, como las de las provincias argentinas de Salta y Jujuy (arts. 85 y 86; 4º inc. 7º, respectivamente), ¿han llegado a prohibir la regulación legal de dispositivos como el amparo y el habeas corpus? Resta añadir, precisamente, que la instrumentación normativo-formal del Derecho Procesal Constitucional ha presentado sus soles y bemoles. En ciertos casos, so pretexto de desenvolver y mejorar legalmente temas propios de la disciplina, el autor de la norma ha restringido o desvirtuado la operatividad de ellos. En la Argentina, por ejemplo, la ley 16.986, regulatoria del amparo federal general, pero a menudo llamada “ley de desamparo”, tuvo el descaro de declararlo inadmisible si “la intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado” (art. 2º, inc. c); y para colmo de males, intentó impedir en el proceso de amparo (destinado a afianzar la supremacía de la Constitución), la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas (art. 2º, inc. d). Con esas limitaciones, obviamente poquísimos amparos podrían ser milagrosamente exitosos. Por fortuna, una enaltecedora jurisprudencia implicó aquellas cláusulas, renuencia que significó un efectivo paso de los tribunales para la construcción del Estado de derecho. Perú ha tenido también dos experiencias negativas en cuanto la implementación normativa de institutos propios del Derecho Procesal Constitucional. Una de ellas fue el “habeas data”, según el texto constitucional de 1993 (ahora revisado), cuyos arts. 200, inc. 3º, y 2º, incs. 5º, 6º y 7º lo programaron elefantíasicamente, con fines impropios, como el ejercicio del derecho de réplica, o la tutela de “la voz” (sic); e incluso, según algunas peligrosas versiones<sup>7</sup>, por suerte no prevalecientes, como hipotético medio de censura previa. Otra norma severamente objetada en

<sup>7</sup> El tema lo hemos desarrollado en nuestro *Derecho procesal constitucional*, t. 3, Acción de amparo, 4ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1995, pp. 229 y ss., 255 y ss.

el Perú fue el art. 4º de la Ley 26.435, Orgánica del Tribunal Constitucional, que demandó seis votos conformes, sobre siete miembros que componen el Tribunal, para declarar la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley. La cláusula parece haber sido en su momento diseñada para coagular cualquier tentativa de declaración de inconstitucionalidad de una ley por el referido Tribunal, y paralelamente, para convalidar así cualquier ley eventualmente inconstitucional. Dicho quórum hiper calificado vulnera los poderes implícitos de un Órgano del Estado, como es el Tribunal Constitucional, para funcionar de modo razonable, e importa una invasión del legislador, desde luego que inconstitucional, a las competencias propias de dicho Tribunal. Y en definitiva, convierte a contrario sensu a un órgano-control, como es por su naturaleza el Tribunal Constitucional, en un órgano convalidador de las normas inconstitucionales. El mismo art. 4º dispuso, en efecto, que “de no alcanzarse la mayoría calificada prevista en el párrafo precedente para declarar la inconstitucionalidad de una norma, el tribunal resolverá declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad de la norma impugnada”. En síntesis, la sanción formal de normas regulatorias de la magistratura constitucional y de los procesos constitucionales no siempre debe ser motivo de alegría: algunas veces lo es de preocupación o angustia. Y en determinadas latitudes, cabe preguntarse si algunas veces es mejor no legislar, que legislar mal. De haber vacío legal, la judicatura podrá cubrir con un sano activismo creativo aunque no todas. Si muchas de las lagunas dejadas por el legislador, como dijo la Corte Suprema de Justicia argentina, en “Sin, Anger”, basta que se compruebe el ataque a un derecho de base constitucional, “para que la garantía Constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias”<sup>8</sup>.

Respecto de la dimensión fáctica, su conocimiento es imprescindible para aquilatar la efectiva vigencia del control de constitucionalidad. Pocas disciplinas, ciertamente, pueden mostrar en este sector del mundo jurídico tantas flaquezas y fracasos. El éxito de la magistratura constitucional y de los procesos constitucionales es puesto a prueba, a menudo, por la pleitesía y la dependencia de jueces y tribunales respecto a los otros poderes (en particular, el Ejecutivo) y a los partidos políticos –en regímenes de iure– o frente a los

<sup>8</sup> CSJN, Fallos, 239: 459.

“hombres fuertes” o el aparato militar, en los sistemas de facto. Sistemas perversos en los dispositivos de designación y ascenso de los magistrados judiciales, que a menudo fomentan el servilismo o la complicidad con los poderosos de turno, y que a su vez discriminan o excluyen a buenos candidatos para el Poder Judicial, en concreto por ser imparciales e independientes; y hasta teorías que de algún modo intentan legitimar aquella dependencia (p. ej., la de las “designaciones políticas” –léase, con mucha frecuencia, por mero favoritismo– o del “juez comprometido” con los victoriosos en las urnas o con la insurrección triunfante), asolan por cierto al Derecho Procesal Constitucional. A ello se suman, ocasionalmente, lapsos de autoritarismo donde reina el menosprecio oficial a la vigencia de los derechos y garantías (entre las que figuran los procesos constitucionales de habeas corpus y amparo), de lo que son buenos ejemplos la desaparición de personas, el traslado clandestino de detenidos, la negativa gubernativa de arrestos, la tortura o la desobediencia de la administración a las órdenes judiciales de cumplimiento de las sentencias pronunciadas en tales procesos. En rigor, es farisaico enseñar el Derecho Procesal Constitucional si su descripción se refiere a la dimensión normativa y se ignora una realidad que a veces tiene más aires de tragedia<sup>9</sup> y de frustración que de derecho. La dimensión fáctica o existencial del Derecho Procesal Constitucional es de consulta inexorable si se quiere averiguar la operatividad real de las instituciones programadas para velar por la supremacía de la Constitución. Aclarar quién efectivamente nombra a los jueces, cuál es su grado de honestidad, de capacitación y de autonomía, determinar qué factores de poder se mueven detrás de sus sentencias, inquirir sobre la composición social e ideológica de tales magistrados, de su vocación republicana y de su aptitud para asumir o no una concepción dinámica del derecho, importan tareas vitales para la disciplina, so pena de abordar, en lugar de un Derecho Procesal Constitucional concreto y cierto, el Derecho Procesal Constitucional de la isla de la fantasía. Fuera de lo dicho, y en Estados donde su judicatura puede superar razonablemente el test mínimo de independencia y de probidad, la dimensión fáctica del Derecho Procesal Constitucional suministra informes necesarios para aquilar determinadas experiencias jurídicas. Por ejemplo, las tendencias, temperamentos y actitudes

<sup>9</sup> Resulta llamativo que la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, ante las infinitas negativas del arresto de personas por parte del Poder Ejecutivo durante el último gobierno de facto (caso habitual de los “desaparecidos”), denunció que ello implicaba una situación de privación de justicia, cosa que se presentaba tanto cuando los tribunales se negaban a resolver, como cuando el Poder Ejecutivo les privaba del auxilio indispensable para operar. Conf. LL. 1979-A-43º y 1983-C-54.

latentes en una comunidad forense, como sus hábitos formalistas o flexibles, la postura creativa o estática de la magistratura constitucional, la posibilidad de construir pretorianamente mecanismos propios de la disciplina (no es banal preguntarse acerca del por qué la Corte Suprema de los Estados Unidos crea en 1803, sin norma constitucional o legal que lo disponga, el control judicial de constitucionalidad; y la Argentina, en 1957, con similar vacío, a la acción de amparo), y cuando ese papel creativo imagina instrumentos en favor de los derechos personales o, por el contrario, y por qué, en favor del Gobierno<sup>10</sup>.

A su turno, la dimensión axiológica del Derecho Procesal Constitucional atiende a los valores que deben inspirar a la asignatura. Con referencia a los procesos constitucionales, vez como herencia conceptual del *habeas corpus*, generalmente se pregonan los principios de celeridad, informalidad y de eficacia, en tren de proteger pronta y eficazmente los derechos constitucionales afectados por un acto lesivo. Esto lleva a blandar los recaudos de admisibilidad, a ampliar la base de la legitimación procesal (especialmente la activa, hasta llegar, en algunos países, a la admisión franca de la acción popular de constitucionalidad) y, de vez en cuando, a autorizar (u obligar) a los jueces a purgar los defectos procedimentales en que pueda haber incurrido el promotor de uno de esos recursos (v. gr., mediante el mecanismo de la “suplencia de la queja”). Tales criterios, conviene alertar, no rigen en todos los ámbitos del Derecho Procesal Constitucional. Por ejemplo, en lo que hace a los recursos de tipo “extraordinario” que tutelan la supremacía de la Constitución, precisamente por su naturaleza “no ordinaria” (v. gr., algunos recursos de casación constitucional, o el remedio federal del art. 14 de la ley 48, en la Argentina, emparentado con el grado de exigencia de los presupuestos de admisibilidad aumenta, bien que hay excepciones si el recurso extraordinario refiere a amparos y *habeas corpus*, o en favor de detenidos privados de su libertad (recurso extraordinario *informa pauperis*, en donde se disculpan defectos en la interposición de la apelación extraordinaria))<sup>11</sup>.

De todos modos, la dimensión axiológica de esta disciplina se emparenta con otra cuestión, que seguidamente abordamos: el desafío ideológico del Derecho Procesal Constitucional. Esto es así porque los valores se agrupan en ideologías, las que los cotizan de modo distinto, priorizando a unos y

<sup>10</sup> No siempre cualquier “rol creativo” de los tribunales puede significar un paso en adelante hacia la tutela de los derechos. Hay casos que presentan serias dudas; véase, p. ej., Carria, Alejandro y Garay, Alberto F., *La jurisdicción per saltum de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, pp. 56 y ss., 78.

<sup>11</sup> Sagüés, *Derecho procesal constitucional*, t. 2, Recurso extraordinario, op. cit., pp. 363 y ss.

posponiendo a otros. En tal sentido, los principios y valores del Derecho Procesal Constitucional no resultan autónomos: son los de la Constitución, o si se prefiere: la ideología del Derecho Procesal Constitucional tiene que ser la ideología explícita o implícitamente sostenida por la Constitución de ese Estado.

El análisis del desafío ideológico nos lleva a una cuestión tan grave como interesante: ¿si el mérito del derecho procesal constitucional es ser un fiel instrumento para lograr la vigencia de los valores, de los derechos y del sistema constitucional, está inevitablemente condenado a desempeñar un papel conservador, esto es, asegurador o mantenedor del régimen constitucional del país de que se trate? La respuesta tendería a ser afirmativa. El rol “instrumental” o “servicial” del Derecho Procesal Constitucional parece innegable: es “mejor” en la medida en que más fielmente opera para mantener la supremacía de la Constitución, cosa que en buen romance significa reprimir las evasiones, las alteraciones o los desvíos de ella, tanto normativos como ideológicos. Y al “afirmar” a la Constitución, le toca habitualmente “mantenerla”, es decir, “conservarla”. De ahí su inexorable pose “preservacionista”. Tal constatación es en buena medida cierta, aunque caben formular varias aclaraciones y correcciones. En primer término, cabe preguntarse si la Constitución del caso merece conservarse, es decir, si tiene una cuota mínima de legitimidad intrínseca para que se justifique obedecerla. Si una Constitución contiene cláusulas palmariamente opuestas a derechos humanos fundamentales (p. ej., si propicia actos discriminatorios por razones de raza, patrimonio o de religión), tales reglas, que para el pensamiento iusnaturalista son “derecho impropio” o “derecho aparente”, no merecen seguimiento y, por el contrario, invitan a su desobediencia. Allí, no sería válido que el Derecho Procesal Constitucional “sirva” para perpetrar injusticias o iniquidades, por más que ellas tengan alcurnia constitucional<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Al respecto, ante reglas irremediablemente injustas, Werner Goldschmidt (*Introducción filosófica al derecho*, 4<sup>a</sup>. ed., Buenos Aires, Depalma, 1973), habla de una “carencia díkelógica de norma” (la norma existe, pero deviene inaplicable) que provoca una situación de laguna normativa. Respecto de reglas constitucionales injustas, puede recordarse el art. 25 de la Constitución argentina (que promueve “la inmigración europea”, con un sentido discriminatorio racial), o su art. 55, que exige una renta anual de dos mil pesos fuertes para ser senador, presidente o vicepresidente de la República, requisito que, aunque derogado por el derecho consuetudinario, importaría formalmente requerir al candidato un par de miles de dólares al mes. Por su parte, el art. 13 de la Constitución de Irán de 1979 restringe la práctica de cultos a determinadas confesiones; y la anterior Constitución sudafricana incluía preceptos que oblicuamente justifican restricciones electorales por motivos de raza.

En segundo lugar, bien puede ocurrir que una Constitución posea “cláusulas abiertas”, normas de contenido cambiante, dispuestas a recepcionar nuevos enfoques y perspectivas, en procura de mejorar el cuadro inicial de derechos y garantías. Por ejemplo, cuando el art. 1º de la Constitución alemana declara que “la dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección”, está habilitando a los operadores de la ley suprema a incorporar a la Constitución no solamente lo que se entendía que hacía a la dignidad del hombre cuando ella se dictó (en 1949), sino también lo que hoy, y lo que mañana, “hace” y “hard” a esa dignidad humana, revitalizando así el contenido de tal cláusula. En tal hipótesis, el rol “conservador” del Derecho Procesal Constitucional, es, valga la paradoja, el de “conservar una Constitución progresista” o “renovadora”.

Algo parecido ocurre con el art. 33 de la Constitución argentina, cuando reconoce a los habitantes tanto los derechos constitucionales expresamente descritos o definidos, como otros, implícitos (también llamados “no enumerados”), que vienen de la soberanía del pueblo o de la fórmula republicana de gobierno, y que en última instancia, según los autores de aquella norma, son los derechos naturales de los hombres y de los pueblos, previos y superiores a cualquier Constitución positiva, concepto obviamente abierto, dinámico, de contenido variable en función de los nuevos derechos que la conciencia jurídica va paulatinamente incorporando y entendiendo como ligados a la naturaleza del hombre, en base a lo que Germán J. Bidart Campos define como “un derecho natural de conocimiento progresivo”<sup>13</sup>. En ese quehacer, el Derecho Procesal Constitucional tendrá que adoptar posturas obligadamente renovadoras, precisamente para ser leal con la Constitución. Vuelve a repetirse entonces la paradoja anticipada en los párrafos anteriores: “conservar a la Constitución, implica aquí, y felizmente, enriquecerla, reinterpretarla y reformularla”.

Como tercera puntuación, debe tenerse presente la vigencia del principio de “funcionalidad”, ínsito a cualquier Constitución, vinculado a la idea de utilidad (*ius et utile unum atque, idem*: el derecho y la utilidad son lo mismo, según el viejo adagio romano), del que se desprenden los sub-principios de eficacia, cooperación, persistencia, adaptación y reforma<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Sobre el tema del derecho natural de contenido variable y progresivo, conf. Bidart Campos, Germán J., *Los derechos del hombre*, Buenos Aires, Ediard, 1974, pp. 67 y ss.; véase también nuestro aporte “Constitución Nacional. Derechos no enumerados”, en *Enclopedia Jurídica Omeca*, Apéndice III, pp. 33 y ss.

<sup>14</sup> Sagüés, Néstor P., *Los principios específicos del derecho constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 31. Conf. Corwin, Edward S., *La Constitución de los Estados Unidos y*

Ellos provocan entender a la Constitución como un “instrumento de gobierno” (“Estados Unidos vs. Classic”, según la expresión del Justice Stone) y, por ende, como algo vivo, apto para dar respuestas jurídicas conforme a los requerimientos del presente, capaz de “captar la dinámica cambiante de la realidad” (Mario Justo López). En resumen, la estabilidad y la persistencia del sistema constitucional están profundamente ligadas con su transformación y adaptabilidad a las circunstancias del momento, de tal manera que sin cambios no hay supervivencia. Como bien escribió Easton, “el cambio es a todas luces compatible con la continuidad. Parece posible y necesario decir que un sistema dura si, al mismo tiempo, sufre alteraciones sustanciales”. La misión del derecho procesal constitucional de “conservar”, no resulta así incompatible con la de hacer persistir a la Constitución en y con el cambio. Por último, el acceso a la dimensión ideológica del derecho procesal constitucional debe insistir en la aptitud de sus operadores para descubrir y resolver los conflictos de intereses y de valores que tan comúnmente aparecen en el escenario constitucional. La jurisdicción constitucional (órganos y procesos) afronta continuamente la trabajosa función de balancear, equilibrar y ponderar aquellos valores. La contraposición, por ejemplo, entre el derecho a la privacidad y la salud pública, en cuanto la tenencia de estupefacientes; entre la libertad de culto y la seguridad pública, en la objeción de conciencia para la no prestación con armas del servicio militar; o entre el derecho al honor y la libertad de expresión, en los supuestos de censura judicial previa a la prensa, so pretexto de tutelar la dignidad de la persona, posiblemente vulnerada, v. gr., por la emisión de un programa televisivo, son algunos ejemplos de tales contraposiciones axiológicas, donde los derechos de uno chocan con los derechos de los demás, o incluso los derechos personales con los que hacen a la funcionalidad del sistema político<sup>15</sup>. Toca aquí esclarecer esa difícil tarea

*su significado actual*, revisada por Harold W. Chase y Craig R. Ducat, trad. por Aníbal A. Leal, Buenos Aires, Fraterna, 14<sup>a</sup>. ed., 1987, p. 14. En cuanto a la interpretación adaptativa a las realidades en la jurisprudencia estadounidense, véase del mismo autor, p. 13. Sobre la opinión de Mario Justo López, actuando como Procurador General de la Nación, véase CSJN., 301: 122. Easton, David, *Esquema para el análisis político*, trad. por Aníbal C. Leal, Buenos Aires, Amorrortu, 1973, p. 123.

<sup>15</sup> Sobre la tarea del intérprete-operador de la Constitución como contrapeso de valores o balance y clearing de intereses y derechos, véase Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 413 y ss.; Ely, John H., *Democracy and Distrust*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1980, pp. 105 y ss. Un interesante estudio entre la opción de un tribunal con roles constitucionales para acentuar su papel como custodio de los derechos personales o como guardián del proceso político, puede verse en Miller, Jonathan; Gelli, María A. y Cayuso, Susana, *Constitución y poder político*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 53, y t. 2, p. 1092.

de contrapesar los valores, y de entrenar al intérprete-operador del Derecho Procesal Constitucional para hallar fórmulas sensatas de compatibilización, y en su caso de priorización, en función tanto de la prevalecencia genérica de un valor sobre otro, como de su cotización específica en un proceso concreto, atendiendo a sus condiciones fácticas.

## **6. Desafíos del Derecho Procesal Constitucional en el siglo XXI**

Javier Tajaadura Tejada nos recuerda en su brillante, sugerente y emotivo discurso de clausura del primer seminario sobre Derecho Procesal Constitucional a don Mariano Azuela Güitron, ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien pronunció unas esperanzadoras palabras sobre nuestro inmediato futuro, destacando que el siglo XXI debe ser el siglo de la ciencia jurídica.

Si el siglo XXI ha de ser un siglo de la ciencia jurídica, nada habría que objetar a que, dado su carácter fundamento de todo ordenamiento jurídico democrático, lo fuera, especialmente, del derecho constitucional.

1. Organizar una justicia constitucional eficiente y efectiva
2. Identificar los conflictos constitucionales, evitar que se produzcan y producidos, resolverlos
3. Crear el o los tribunales constitucionales con jurisdicción y competencia suficiente para decidirlos
4. Su competencia debe cubrir cuatro áreas básicas:
  - a) El control de constitucionalidad de los actos jurídico-públicos, comprendiéndose entre ellos a los tratados internacionales, las leyes, los reglamentos, los decretos y, para algunos, las sentencias judiciales del sistema ordinario
  - b) La protección de las garantías constitucionales de los habitantes, que constituyen sus derechos humanos
  - c) La solución de los conflictos entre poderes públicos
  - d) La declaración de inhabilidad de actores públicos que con sus actuaciones excedan su mandato constitucional
5. Buscar jueces constitucionales idóneos e independientes
6. Establecer el debido y justo proceso como forma de solución del conflicto constitucional y reglamentarlo adecuadamente en un código que contenga las referidas materias

## 7. Regular los efectos de la cosa juzgada emanada de las sentencias de la justicia constitucional

El Derecho Procesal Constitucional cuenta con varios retos a superar. A simple título ejemplificativo, unos hacen a su crisis de identidad, como consecuencia de un perfil a medio dibujar. Otros, a las técnicas y métodos que debe emplear, que no son tan usuales o, al menos, que deben practicarse con un ritmo distinto respecto de otras ramas del derecho. También tiene que pasar la prueba de su ubicación ideológica, como de su aptitud para encarar los conflictos ideológicos. En esa empresa, colaboran constitucionalistas y procesalistas: el concurso de ambos es indispensable para su éxito. Desde que existe control de constitucionalidad, y desde que existe también la clara noción de que sin una buena magistratura constitucional y eficientes procesos constitucionales no hay un genuino Estado de derecho, aquella convocatoria es irrechazable. Podrá discutirse si la asignatura es más “constitucionalista” que “procesalista”, o viceversa; o el grado de su autonomía<sup>16</sup>, cosas que implican un debate de menor cuantía: lo importante es la conciencia de su significado jurídico-político, y lo urgente de encontrar respuestas jurídicas útiles, tanto para afianzar los derechos humanos como para asegurar al sistema político vigente. No en vano el crecimiento de la disciplina ha aumentado ostensiblemente a partir del retorno a la normalidad institucional, de numerosos países americanos. Procesalistas y constitucionalistas pueden aquí encontrar un muy buen foro para el diálogo y el debate. Se trata de intercambiar conocimientos, de enriquecerse mutuamente y de perfeccionar algo que ya había, aunque con un desarrollo incipiente. Como a toda disciplina joven, al Derecho Procesal Constitucional se le pueden disculpar yerros y defectos propios de su adolescencia. Tiene, todavía, el “derecho” a un cierto margen de imprecisión, confusión o desconcierto. Pero los años pasan, el plazo de gracia puede vencer y ahora es el momento de superar sus desafíos. De trabajar se trata, pues.

Comprende la organización y atribuciones de los Tribunales Constitucionales y la forma en que estos ejercen su jurisdicción al resolver conflictos constitucionales por medio del proceso y con efectos permanentes.

<sup>16</sup> Desde luego, si se admite un grado de autonomía para el derecho procesal administrativo o el derecho procesal laboral, es innegable reconocerlo para el derecho procesal constitucional. En los países donde hay tribunal constitucional especializado, obviamente, la autonomía de la disciplina debe estar fuera de discusión.

Para ello se requiere la creación de un sistema de Tribunales Constitucionales o sus equivalentes y la dictación de las normas orgánicas que regulen su organización, atribuciones y funcionamiento.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- Bidart Campos, Germán J., *Los derechos del hombre*, Buenos Aires, Ediard, 1974.
- Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho Constitucional*, trad. de Pablo Lucas Verdu, Madrid, Tecnos, 1965.
- Carria, Alejandro y Garay, Alberto F., *La jurisdicción persaltum de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.
- Colombo Campbell, Juan, *Derecho Procesal Constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional de Chile, 2004.
- Colombo Campbell, Juan, aporte en “Constitución Nacional. Derechos no enumerados”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Apéndice II.
- Corwin, Edward S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, revisada por Harold W. Chase y Craig R. Ducat, trad. por Aníbal A. Leal, Buenos Aires, 1987.
- Easton, David, *Esquema para el análisis político*, trad. por Aníbal C. Leal, Buenos Aires, Amorrortu, 1973.
- Ely, John H., *Democracy and Distrust*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1980.
- Eto Cruz, Gerardo, *Breve introducción al derecho procesal constitucional*, Trujillo, Centro de Estudios “Derecho y Sociedad”, 1992.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coordinador), *Derecho procesal constitucional*, editorial Porrúa de México.
- Fix-Zamudio, Héctor, *Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano*, en *Memorias de El Colegio Nacional*, t. IX, N°4.
- García Belaúnde, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Trujillo, Universidad César Vallejo, 1998.
- Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 4<sup>a</sup>. ed., Buenos Aires, 1995.
- González Pérez, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980.

- Gozaini, Osvaldo A., *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos*, México, UNAM, 1995.
- Gozaini, Osvaldo A., *Derecho procesal constitucional*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Belgrano, 1999.
- Miller, Jonathan; Gelli, María A. y Cayuso, Susana., *Constitución y poder político*, t. 1, Buenos Aires, 1987.
- Rev Cantor, Ernesto, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Cali, Universidad Libre, 1994.
- Rodríguez Domínguez, Elvito, *Derecho procesal constitucional*, Lima, Grijley, 1997.
- Rosas, Roberto, *Direito procesual constitucional*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1983.
- Sagüés, Néstor P., *Derecho procesal constitucional*, 4 vols., Buenos Aires, 1995.
- Sagüés, Néstor P., *Los principios específicos del derecho Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.



## ¿NUEVA CONSTITUCIÓN?

## NEW CONSTITUTION?

MARIO VERDUGO MARINKOVIC<sup>1</sup>

**Resumen:** El autor analiza la evolución constitucional en Chile. Se refiere a las críticas al texto constitucional. Igualmente, se estudia el procedimiento para la aprobación de una nueva Constitución Política.

**Abstract:** The author analyzes the constitutional evolution in Chile. It refers to criticisms of the constitutional text. Likewise, the procedure for the approval of a new Political Constitution.

**Palabras clave:** Evolución constitucional. Reforma Constitucional. Asamblea Constituyente.

**Keywords:** Constitutional evolution. Constitutional Reform. Constituent Assembly.

<sup>1</sup> Profesor Titular de Derecho Constitucional. Ex Ministro del Tribunal Constitucional.

Durante la reciente campaña electoral, siete de los nueve candidatos se pronunciaron por una “nueva Constitución para Chile”. Principales críticas que se formulaban al texto vigente: 1º. Estrecho vínculo con el régimen autoritario 1973-1990; 2º. Precario reconocimiento de los derechos de contenido económico social y cultural; 3º. Existencia de leyes con quórum reforzado que obstruyen los cambios y 4º. Excesiva rigidez constitucional. Estos argumentos, que en principio parecen pertinentes, ¿son realmente de una entidad que amerite la abrogación total del ordenamiento superior vigente?

## I. TEXTO CONSTITUCIONAL Y EVOLUCIÓN<sup>2</sup>

### 1. Génesis del texto y su evolución

En lo que atañe a la génesis de la Carta de 1980, ello constituye un hecho histórico que no precisa de mayor acreditación. Es más, en las diversas etapas del proceso formativo de la Carta Fundamental, el general Augusto Pinochet Ugarte asumió un rol relevante: designó a los miembros de la Comisión de Estudio que elaboró el anteproyecto; a los del Consejo de Estado que lo revisó y presidió a la Junta que lo sancionó.

Finalmente, cabe recordar que el plebiscito del 11 de septiembre de 1980, tuvo por finalidad dar a la Carta de 1980 un sesgo de legitimidad, pero motivó por parte de la disidencia serios reparos por la falta de transparencia: ausencia de padrón electoral y Tribunal Calificador –solo existió uno “escrutador”–.

Teniendo presente estos antecedentes, no es de extrañar que el texto promulgado como Constitución Política el 21 de octubre de 1980, transparentara en muchos de sus capítulos rasgos del régimen autoritario.

Pero como dice Eduardo Lassalle en su célebre conferencia de 1866, la que se mantiene en plena vigencia, “los problemas constitucionales no son, en última instancia problemas de derecho, sino de poder”<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Esta primera parte forma parte de una exposición mayor realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, el año 2016, con motivo del inicio del proceso constituyente.

<sup>3</sup> Fernando Eduardo Lassalle, *¿Qué es una Constitución?*, Buenos Aires, Editorial Siglo Veinte, 1959, p. 44.

## 2. Plebiscito de 1988

En el caso de Chile, el 5 de octubre de 1988 aconteció un hecho, en cierta forma inesperado, pero de gran relevancia política: la ciudadanía rechazó el nombre propuesto por los Generales en Jefe de las Fuerzas Armadas y el General Director de Carabineros para asumir la Presidencia de la República por el lapso de ocho años. A la fecha de este plebiscito, existía padrón electoral y Tribunal Calificador Electoral –conforme lo sentenció el Tribunal Constitucional en un fallo de mayoría–.

En estos últimos meses, a raíz de una filmación cinematográfica referida a la época del plebiscito, en forma frívola se ha sostenido que el resultado de dicho acto fue producto del impacto que originó en el público la franja propagandista del “NO”. Al margen de los méritos del precitado medio, no se puede infravalorar el ejemplar comportamiento de la ciudadanía que con su decisión impulsó el retorno a la democracia.

Efectivamente, como consecuencia del resultado del plebiscito, de acuerdo a las disposiciones transitorias de la Constitución, la Junta Militar prolongaría sus funciones por un año, fecha en que se celebrarían las elecciones de Presidente de la República, senadores y diputados.

Fue precisamente, en el lapso intermedio, cuando al decir de don Carlos Andrade, se inicia una “larga, difícil y compleja negociación” entre la Concertación de Partidos por la Democracia, Partido Renovación Nacional y el Ministro del Interior don Carlos Cáceres.

Como resultado de estos debates, se acordó modificar 54 artículos del texto original de la Constitución. Entre las enmiendas se consultaba la derogación del artículo 8º (disposición que sancionaba delitos ideológicos), modificación a las facultades e integración del Consejo de Seguridad Nacional, flexibilización del proceso de reforma constitucional.

Aplicando una vez más el Estatuto Transitorio, las modificaciones precitadas debieron ser sancionadas por la Junta de Gobierno y posteriormente sometidas a plebiscito. Según informe del Tribunal Calificador de Elecciones al plebiscito celebrado el día 30 de julio de 1989, concurrieron a votar 7.082.084 ciudadanos, de los cuales 6.069.449 aprobaron las reformas propuestas (85,70%).

A nuestro entender, con esta manifestación masiva de la voluntad ciudadana, se legitima la Carta Fundamental y se da el respaldo para iniciar el proceso pacífico de transición a la democracia.

### 3. Reformas del 2005

Posteriormente, a través de sucesivas enmiendas, en forma gradual, se fueron eliminando las cláusulas denominadas “enclaves del autoritarismo”, hasta llegar a configurar un ordenamiento propio de un Estado democrático de derecho.

El hecho que en el decreto promulgatorio de la Reforma del 2005 se suprimiera el preámbulo que contenía el texto primitivo, constituye un testimonio muy expresivo de nuestro aserto.

Desde otra perspectiva, transcurrido más de veinte años desde que cinco Presidentes de la República, centenares de congresales y magistrados, han jurado o prometido acatar y defender la Constitución vigente; que a diario tribunales de justicia apliquen sus disposiciones; que decenas de escuelas de Derecho imparten enseñanza de su texto y que calificados juristas emitan enjundiosos informes en defensa de sus principios, resulta por lo menos sorprendente que se alcen voces reclamando una nueva Constitución por ser ilegítima la existente.

Se trata, en efecto, de un caso típico de razonamiento a lo absurdo. Tampoco nos parece de mayor consistencia la crítica que se formula a la Carta vigente en el sentido que en ella no se reconocen ni garantizan los derechos de contenido económico, social y cultural.

Sobre este punto, reiteramos la opinión expresada en 1975: “Nos parece que en la parte dogmática las constituciones se han excedido, en cierta forma, al incorporar derechos sociales que, al margen de la justicia de su contenido, resultan en la mayoría de los países imposibles de concretar”. Como anota Blondell, “al extenderse al campo de orientación política las nuevas declaraciones de derechos trataron de salirse del terreno que les pertenece. Esto no es decir que estuviera “mal” que los autores de las constituciones hicieron suyas declaraciones que incluían nuevos derechos positivos. Pero debió reconocerse que las constituciones como tales, no pueden cumplir este cometido”<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Mario Verdugo, “El descrédito de las Constituciones escritas”, *Revista de Derecho Pùblico*, Nº 18, 1975, pp. 303 y ss.

## II. CRÍTICAS AL TEXTO CONSTITUCIONAL

### 1. Derechos y garantías

En el caso de la Carta de 1980, el constituyente adoptó en el Capítulo Tercero una metodología prudente: reconoce y garantiza en forma pormenorizada los derechos conocidos como de la Primera Generación y en cuanto a los derechos de Segunda Generación describe su núcleo básico y entrega a las leyes complementarias su desarrollo.

Acorde con ello, el artículo 5º en su inciso segundo (agregado por la reforma de 1989) establece que “es deber de los órganos del Estado respetar los derechos de primera generación y promover los de segunda generación”.

En esta forma, el mandato constitucional vincula a los órganos del Estado en un caso imperativamente y en el otro con la reserva de lo posible.

### 2. Derecho a la educación y derechos sociales

Las deficiencias de la educación municipalizada, el debilitamiento de la fiscal, la comercialización de la universitaria, la falta de transparencia de las acreditaciones, no son imputables por cierto a la Constitución que se limita en lo fundamental a reconocer a toda persona “El derecho a la educación, la que tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida” (art. 19 Nº10).

Tampoco se puede responsabilizar al texto constitucional el que no se cumplan debidamente, por falta de profesionales, establecimientos y medicamentos, todas las acciones de protección de la salud: promoción, recuperación y rehabilitación (art. 19 Nº8). La ley que regula la seguridad social reconocida en el numeral 18, parece ser inadecuada. Por consiguiente, corresponde al legislador y no al constituyente su modificación.

Otro tanto ocurre con la preceptiva sobre la libertad de trabajo y su protección (art. 19 Nº16). Aun cuando se han logrado significativos avances (reducción de índices de cesantía y procedimiento de tutela de los derechos laborales), es menester corregir los estándares para fijar salario mínimo, negociación colectiva y otros.

En síntesis, estimamos que son las deficiencias legislativas, administrativas y de gestión, los factores que han impedido un mayor desarrollo de los derechos

sociales fundamentales. En todo caso, por tratarse de un país en desarrollo, se han logrado significativos avances en la materia señalada.

En este orden de ideas, resulta muy ejemplar el tema en actual discusión acerca de la educación universitaria gratuita. Más allá del discurso político y académico, el financiamiento económico tiene la última palabra.

Para terminar este apartado, puntualizamos que si bien la acción de protección no incorporó a los derechos sociales fundamentales como objeto de tutela, sí lo hacen diariamente los tribunales superiores a través de una interpretación sistémica.

### **3. Leyes orgánica constitucionales**

Acerca de las muy cuestionadas “leyes orgánicas constitucionales”, escribimos hace más de veinte años: “En un mundo que se caracteriza por los rápidos cambios en todos los órdenes de la sociedad, se pretende petrificar al Derecho recurriendo para ello a las más caducas fórmulas del racionalismo normativo”. “Pero si desde el punto de vista de la Teoría General del Derecho la institución de las leyes orgánicas constitucionales resulta anacrónica, también desde la perspectiva de la Teoría Política, merece el más decidido rechazo: en un régimen que se define como democrático, se establece la soberanía de las minorías”<sup>5</sup>.

El transcurso de los años no modifica nuestra opinión acerca del tema, pero sí nos parecen pertinentes algunas reflexiones: 1) La incorporación de leyes de quórum reforzado originó en las fuerzas políticas una conducta proclive al consenso y no a la confrontación –lo que no es un desvalor para el funcionamiento del régimen democrático–; 2) La Reforma del 2005 por vía consecuencial modificó importantes leyes orgánicas (del Congreso Nacional, Tribunal Constitucional, de Estados de Excepción Constitucional, entre otras) y 3) La modificación a la LOC sobre Sistema Electoral, actualmente en trámite, deja de manifiesto que la exigencia del quórum constituía tan solo un pretexto, lo que faltaba era una real voluntad política para ello.

<sup>5</sup> Mario Verdugo M., “Proposiciones para modificar el sistema Judicial de Chile”, *Revista Estudios Públcos*, Santiago, 1991, pp. 176 y ss.

#### **4. Procedimiento de Reforma Constitucional**

Finalmente, la impugnación al procedimiento establecido en el Capítulo XV, resulta en cierta forma poco serio si se considera que en veinticuatro años de vigencia la Constitución ha sido objeto de treinta y tres reformas. En síntesis, de acuerdo a las reflexiones precedentes, respondemos negativamente a la interrogante que sirve de título a estas líneas. Efectivamente, al margen de las enmiendas que puedan promoverse, no parece razonable reemplazar un texto constitucional que consulta los principios básicos de un Estado Democrático de Derecho, que ha impulsado con éxito el fenómeno jurídico de la constitucionalización del derecho y que ha contribuido a la estabilidad política y social del país durante veinticuatro años –caso excepcional en América Latina–. Para terminar, recordar una vez más a Lassalle: “Una constitución escrita se hace en caso de apuro en veinticuatro horas, pero con hacerla nada se consigue si es prematura”<sup>6</sup>.

### **III. NUEVA CONSTITUCIÓN: ¿CÓMO SE LOGRA?<sup>7</sup>**

Desde que asumiera la presidencia S. E. Michelle Bachelet Jeria, se advierte en el país una fuerte corriente de opinión que postula el reemplazo de la Constitución vigente por una de origen democrático y de mayor contenido social.

En otra oportunidad, hemos manifestado nuestras reservas acerca de tal postulación, pero en esta ocasión nos referiremos a las dificultades de concretar dicho cometido sin originar un quiebre institucional.

Efectivamente, desde una perspectiva estrictamente jurídica, nos parece inviable que el Poder Constituyente derivado tenga facultades para avalar el reemplazo del ordenamiento superior cuya vigencia debe precisamente cautelar.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sentenciado que “El poder Constituyente puede ser de dos clases: “Originario” y “derivado o instituido”. El primero es aquel que inicialmente dicta una Constitución, crea una posterior desligada de su predecesora a consecuencia de una ruptura constitucional.

<sup>6</sup> Ob. cit., p. 37.

<sup>7</sup> Esta parte resume algunas de las columnas escritas para *El Diario Constitucional*.

La segunda expresa cuando en virtud de una disposición constitucional que lo autoriza, se reforma, revisa o enmienda la Carta Fundamental”<sup>8</sup>.

Ahora bien, el artículo 6º de la Carta Fundamental, junto con establecer el principio de la supremacía constitucional dispone que los preceptos de esta obligan tanto a los titulares o integrantes de los órganos del Estado, como a toda persona, institución o grupo, correspondiendo a la ley establecer las responsabilidades y sanciones a los infractores.

Por su parte, el artículo 7º contiene la norma considerada como la “ley de oro” del Derecho Público, la que en síntesis dispone que ninguna magistratura, personas o grupo de personas puede atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido por la Constitución o las leyes.

La contravención a esta disposición origina la nulidad del acto y la responsabilidad y sanciones que la ley señale a sus actores.

Como es obvio, ninguna disposición del Código Fundamental otorga competencia o facultad a alguno de sus órganos para promover la derogación total de su texto.

Por el contrario, en el Capítulo XV se regulan solo las enmiendas o reformas parciales producto del ejercicio del Poder Constituyente derivado, y el Tribunal Constitucional como severo guardián puede interferir cualquier desborde de las mismas.

La Carta de 1980, como toda Constitución de tipo “racional-normativo”, solo puede ser abrogada a través de un quiebre institucional.

Hasta aquí la opinión producto de la formación o deformación del profesor de Derecho Constitucional.

Otra es la experiencia del profesor de Derecho Político: “Los problemas constitucionales no son primariamente, problemas de derecho, sino de poder. En esencia, la Constitución es la suma de los factores reales de poder que rigen en un país”<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> STC Rol N°46-87, consid. 34.

<sup>9</sup> Fernando Lasalle, *¿Qué es una Constitución?*, op. cit.

## IV. NUEVA CONSTITUCIÓN: ¿QUÉ SE PERSIGUE?

En estos últimos meses, ha tomado cuerpo en los diversos sectores de opinión la necesidad “imprescindible” de aprobar una nueva Constitución. No se tiene claro todavía cuál sería el procedimiento para lograr tal objetivo, pero el fin último se ha constituido en un verdadero grito de guerra, incluso en los ámbitos académicos.

Como no se trata de una simple enmienda constitucional, sino de un cambio radical del ordenamiento fundamental vigente, en ausencia de proposiciones concretas, resulta de interés indagar acerca de cuáles serían las materias contenidas en la actual Carta susceptibles de enmendar o eliminar.

Aventuremos un análisis muy primario:

1. Reemplazar la forma de Estado unitario por uno de carácter federal no es tema preocupante.

Si mal no recordamos, el último federalista fue don José Manuel Infante en el siglo XIX, y por razones de estructura geográfica no han existido nuevas iniciativas en tal sentido.

La promoción de la desconcentración, descentralización y estímulo a la regionalización, son materia de ley y no precisan reforma constitucional (Art. 3º CPR).

2. Descartamos el reemplazo del artículo 4º que establece una república democrática.

Si se considera pertinente incorporar algunas instituciones de la democracia semi representativa (iniciativa popular, acción revocatoria o referéndum), ello puede realizarse incorporándolas en el articulado pertinente.

3. Los derechos fundamentales de la llamada “primera generación” tienen en el Capítulo III de la Carta Fundamental un reconocimiento impecable, del todo acorde con lo que prevén los tratados y convenciones internacionales.

Las garantías judiciales que se les otorgan a través de los recursos de protección y amparo exceden, incluso, los estándares internacionales.

Los derechos de contenido económico social –salvo laboral que precisa reforzamiento– aparecen debidamente reconocidos y su mayor eficacia depende de la actividad legislativa y no de la preceptiva constitucional.

4. En materia de régimen de gobierno, resulta impensado proponer uno parlamentario o semi presidencial, sin contar previamente con partidos políticos propiamente tales: los existentes son meras cúpulas políticas para distribuir candidatura y empleos públicos.
5. Las leyes de quórum calificado reforzado pueden ser eliminadas por reforma constitucional, particularmente la que prevé el inciso 2º del N°21 del artículo 19 y que tanta resistencia origina en los críticos del modelo económico.
6. El Consejo de Seguridad Nacional –tan merecidamente criticado después de la reforma del 2005–, carece de mayor significación política.
7. En los regímenes de excepción constitucional, las facultades otorgadas al Ejecutivo aparecen prudentes y debidamente controladas por el Congreso y la judicatura.
8. Hemos dejado para el final el contenido del artículo 19 N°24. Este precepto, que como se sabe reconoce y regula el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, constituye la piedra de tope y la base de todos los cambios estructurales que se enuncian.

Consensuar una reforma sustancial a la normativa vigente, constituye un gran desafío, que debe enfrentarse con máxima prudencia, a fin de no agudizar la faz agonial de la política, cuyas consecuencias ya conocemos (Santiago, 28 julio 2015).

## V. ¿ASAMBLEA CONSTITUYENTE?

El tema de convocar a una Asamblea Constituyente para modificar o reemplazar al ordenamiento fundamental vigente, de gran actualidad en el presente, no es en absoluto inédito en nuestro país.

Por ejemplo, según los historiadores, una de las causas del pronunciamiento militar de enero de 1925 se inspiró en el anhelo de convocar a una Asamblea Constituyente, de origen popular, que estructurara la anticuada Constitución dentro de la mayor brevedad.

El presidente Alessandri mediante decreto designó una “Comisión Consultiva” integrada por representantes de todos los círculos para que prepararan la primera convocatoria y organización de una Asamblea Constituyente.

La Comisión –que en definitiva integraron 103 personas– se subdividió en una de Reforma y otra de Forma. La primera debería preparar un proyecto de enmienda constitucional y a la segunda correspondía organizar la convocatoria a la Asamblea.

Mientras la de Reforma trabajó intensivamente y cumplió su cometido, la de Forma celebró solo tres sesiones y no pudo llegar a acuerdo acerca de la forma en que se elegirían los miembros de la Constituyente, y si serían elegidos sobre una base política o gremial.

Aún más, algunos miembros discutieron en qué calidad estaban en esa reunión y representaron la situación de minoría en que se encontraban frente a elementos que ellos calificaban de “representantes de colectividades políticas”.

El debate fue zanjado por el representante del Ejército, general Mariano Navarrete: el país está cansado de politiquería y necesita pronto una nueva Constitución.

El presidente se olvidó de la anunciada Constituyente y aprovechó la coyuntura para someter a plebiscito el proyecto que en lo esencial había preparado junto a su ministro Maza Fernández.

Según cercanos al presidente Alessandri, este solía confidenciar: cuando yo deseo que un proyecto no se concrete, designo una comisión, porque en Chile cuando los hombres se juntan no se suman sino que se restan.

Se dice que la historia nunca se repite, pero hay ciertos episodios que se replican.

La convocatoria a una Asamblea Constituyente ha sido tema recurrente en nuestro país desde la aprobación plebiscitaria de la Constitución de 1980.

Cabe recordar que el Grupo de Estudios Constitucionales (“Grupo de los 24”) hizo público un documento en que con serios fundamentos descalificaba la legitimidad de dicho acto y reclamaba, por lo mismo, la procedencia de un auténtico constituyente originario.

Posteriormente, sin embargo, después del Plebiscito de 1988, acto efectuado esta vez con ciudadanos inscritos y bajo el control del Tribunal Calificador de Elecciones, y en el cual fue rechazado el nombre propuesto por los Comandantes y Jefes de las Fuerzas Armadas y el General Director de Carabineros, se generó un cambio táctico en el seno del señalado Grupo de Estudios Constitucionales,

acordándose que sus miembros participaran en la negociación, lo que don Carlos Andrade Geywitz califica, en uno de sus libros, como “larga, difícil y compleja”.

Producto de ese acuerdo en que participaron representantes del Gobierno, del Partido Renovación Nacional y de la Concertación de Partidos por la Democracia, fue el proyecto de reforma constitucional que sometido a plebiscito –conforme lo establecía el estatuto transitorio de la Constitución– fue aprobado por 6.056.440, rechazado por 580.212, en blanco 114.056 y nulos 315.918.

A partir de esa fecha, para un sector ciudadano la aprobación plebiscitaria de la reforma de 1989, implicó una suerte de legitimación de la Constitución de 1980; para otros representó una contribución generosa para lograr un retorno pacífico a la democracia.

Finalmente, no puede desconocerse la presencia de otra fracción ciudadana que continúa descalificando la Carta Fundamental por gestación autoritaria y antidemocrática.

Al margen de estas evaluaciones, lo que a menudo se olvida o se ignora es que el texto que nos rige por más tres décadas pertenece a la categoría que en doctrina se conoce como “Constitución racional normativa”.

Se define este tipo de constituciones como un sistema de normas capaz de planificar la vida política. Solo la razón puede poner orden. La Constitución no solo es la expresión del orden, es la creación del orden. De esta suerte, la realidad política está en la ley que la establece. La Constitución de 1980 y sus leyes complementarias son el ejemplo más expresivo de este modelo normativo: la vida política se encuentra perfectamente diseñada; los partidos políticos deben agruparse en dos grandes bloques; ninguno de ellos puede lograr clara hegemonía; las leyes que sustentan la institucionalidad precisan de altos quórum para su modificación o derogación; los diálogos y acuerdos son insoslayables para mantener la gobernabilidad.

En estos últimos días, incluso, algunos legisladores muy representativos para la opinión pública, parecen haberse percatado, tal vez por primera vez, que se encuentran atrapados en las redes del sistema y, en esta contingencia, adhieren con entusiasmo a la proposición de convocar a una Asamblea Constituyente.

Como tal procedimiento carece de todo asidero en la normativa vigente, de concretarse, ello implicaría un quiebre institucional, con todas las consecuencias que conlleva.

Cabe preguntarse: ¿no sería peor el remedio que la enfermedad?

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

Lassalle, Fernando Eduardo, *¿Qué es una Constitución?*, Buenos Aires, Editorial Siglo Veinte, 1959.

Verdugo M., Mario, “El descrédito de las Constituciones escritas”, *Revista de Derecho Público*, N°18, 1975.

Verdugo M., Mario, “Proposiciones para modificar el sistema Judicial de Chile”, *Revista Estudios Públicos*, Santiago, 1991.

## Bibliografía jurisprudencial

STC Rol N° 46-87, consid. 34.



## ¿ES NECESARIA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN?

## IS A NEW CONSTITUTION NECESSARY?

ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN<sup>1</sup>

**Resumen:** En el presente artículo, se analiza la evolución constitucional chilena, desde los primeros textos hasta la actual Carta Fundamental. Se revisa su forma de aprobación, contenidos esenciales y reformas. Se estudia los aspectos que han sido objeto de crítica del actual ordenamiento constitucional y las enmiendas necesarias para perfeccionar el régimen democrático.

**Abstract:** This article analyzes the Chilean constitutional evolution, from the first texts to the current Constitution. Its form of approval, essential contents and reforms are reviewed. It studies the aspects that have been object of criticism of the current constitutional order and the necessary amendments to perfect the democratic regime.

**Palabras clave:** Constituciones en Chile. Aprobación. Reformas Constitucionales. Perfeccionamiento democrático.

**Keywords:** Constitutions in Chile. Approval. Constitutional reforms. Democratic perfection.

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile y de la Universidad Finis Terrae.

## I. PRIMEROS TEXTOS CONSTITUCIONALES

El 14 de agosto de 1811 se sancionó el Reglamento para el Arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de Chile, que puede considerarse como el primer “bosquejo” de Constitución<sup>2</sup> y en el que se establece por primera vez que el Poder Ejecutivo residirá en una autoridad colegiada. En dicho texto, el Congreso Nacional señaló su convicción íntima de “la necesidad de dividir los poderes” y, por lo mismo, de la importancia de “fijar los límites de cada uno sin confundir ni comprometer sus objetivos”<sup>3</sup>.

Posteriormente, el Reglamento Constitucional Provisorio de 1812 reconoció por primera vez derechos y libertades fundamentales, esbozando la separación de poderes y la independencia judicial<sup>4</sup>.

Más tarde, el Proyecto de Constitución Provisoria de 1818 alude a los derechos naturales de la persona (seguridad individual, honra, propiedad, libertad e igualdad), entregando el Ejecutivo a un Director Supremo, como ya antes lo había señalado la Carta de 1814<sup>5</sup>.

Mientras que la Constitución de 1822 regulará la nacionalidad y ciudadanía, a la vez que establecerá el bicameralismo<sup>6</sup>, la Carta moralista de 1823 fijará, a su turno, la actual organización de la judicatura, a cuya cabeza se encuentra la Corte Suprema<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Así lo califica Alcibiades Roldán, *Elementos de Derecho Constitucional de Chile*, 1924, p. 63.

<sup>3</sup> Reglamento de 1811, en Luis Valencia Avaria, *Anales de la República*, 1986, p. 40. Como afirmara fray Camilo Henríquez, en su recordado sermón, los legisladores debían ser poseedores de un espíritu de prudencia “para que una Constitución sana, sabia, equitativa y bienhechora, haciendo la dicha de los ciudadanos, sea el fruto de tantos sinsabores, cuidados, angustias y peligros”. Consta de 19 artículos, en los que no se alude a los derechos individuales.

<sup>4</sup> Reglamento de 1812. En palabras de José Victorino Lastarria, se trata de la “primera Constitución chilena”. Se avanza hacia el derecho de auto gobernarse, como lo resalta Jaime Eyzaguirre. Igualmente, se alude –en materia de derechos– a la seguridad, debido proceso, libertad e igualdad.

<sup>5</sup> Reglamento de 1818. Cabe destacar en materia de derechos citar el derecho a ser oído (art. 2º), la presunción de inocencia (art. 3º) a la vez que la necesidad en el ámbito social de “aliviar la miseria” (art. 13).

<sup>6</sup> Constitución de 1822. Por primera vez se establece un sistema bicameral (art. 17), aunque, en el hecho, no sesionó. Debe añadirse que en materia de derechos fundamentales se incluyen dos aspectos bastante modernos, como son la proporcionalidad de las penas (art. 218) y la necesidad de sentencias motivadas (art. 219).

<sup>7</sup> Constitución de 1823. De este modo, se plasman sus atribuciones protectoras y su rol de tribunal superior. Es desde ese momento que en Chile se configura un sistema de justicia piramidal, encontrándose en la base los juzgados, en segunda instancia las Cortes de Apelaciones y en la cima la Corte Suprema. Sin embargo, como lo ha señalado Bravo Lira, es posible afirmar que

Por ley de 8 de julio de 1826 se establece que el Poder Ejecutivo radicará en una persona cuyo título será el de Presidente de la República, habiendo sido el primero Manuel Blanco Encalada. Posteriormente, la Constitución liberal de 1828 fortalecerá las libertades públicas, transformando así la Carta Fundamental en un límite a los abusos de poder<sup>8</sup>.

Las constituciones previas a la de 1833 fueron excepcionalmente ratificadas por ciertos “ciudadanos ilustres” que tuvieron el privilegio de ser electores (tal como ocurrió en el caso de las de 1812 y 1818). En general, se aprobaron mediante la participación de asambleas constituyentes (así, por ejemplo, las de 1823 y 1828)<sup>9</sup>. Sin embargo, lo anterior no se modifica en modo alguno a partir de 1833, tal como lo ha señalado Salvat Monguillot<sup>10</sup>.

## II. LA CONSTITUCIÓN DE 1833

### 1. Aprobación

La Constitución de 1833, preparada por una comisión de siete miembros, fue finalmente aprobada por un organismo denominado Gran Convención, que integrarán 16 diputados y 20 ciudadanos ilustres<sup>11</sup>. Cabe señalar que la elección de estos últimos se materializó sobre la base de una lista reservada que el Ministerio del Interior envió al efecto al Congreso Nacional<sup>12</sup>.

la Corte Suprema creada en 1823 no es ni un sustituto de otro tribunal anterior ni tampoco un ente foráneo, lo que queda patente al analizar sus atribuciones que comprendían algunas entregadas al Consejo de Indias y otras a la propia Real Audiencia; si bien toma el nombre de su similar de EE.UU., sus raíces están en Hispanoamérica (Enrique Navarro B., *180 años de la Corte Suprema*, 2003).

<sup>8</sup> Constitución de 1828. Esta Carta tendrá fuerte influencia de la Constitución de Cádiz de 1812. Cabe señalar que sobre la base de este texto se preparará la de 1833.

<sup>9</sup> Sergio Carrasco D., *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*, 1908.

<sup>10</sup> Manuel Salvat M., “La gran Convención (Notas sobre los orígenes de la Constitución de 1833)”, *Revista de Derecho Público* Nº27, 1980, pp. 249 y ss.

<sup>11</sup> En esta parte se ha seguido el estudio que realizamos con José I. Vásquez, en Enrique Navarro B., *20 años de la Constitución Chilena*, 2001, Ed. Conosur, pp. 19-36.

<sup>12</sup> Sobre la materia vid. Carrasco A., Manuel, *Comentarios sobre la Constitución de 1833*, Santiago, 1958; Huneeus Z., Jorge, *La Constitución ante el Congreso*, 2 vols., 1879; Lastarria, José V., *La Constitución Comentada*, 1856; y Roldán, Alcibiades, *Elementos de Derecho Constitucional*, 1924.

Como bien se sabe, durante el siglo XIX rigió en plenitud la Constitución de 1833, la que incluso se aplicó –casi sin modificaciones– en forma parlamentaria en el período posterior a la guerra civil de 1891<sup>13</sup>.

Puede ser considerada una de las mayores obras jurídicas de nuestro derecho público, así como en el derecho privado lo fue el Código Civil de Bello. Si bien para algunos establecía un presidencialismo fuerte, el Congreso Nacional reservaba para sí la aprobación de las leyes periódicas, entre ellas, la de presupuesto. El presidente tenía un mandato de cinco años, renovables, lo que se prohibió –como se verá– en 1871.

## 2. Características

Siendo el texto de esta Constitución de 1833 una reforma y adición de la anterior, hubo materias que se mantuvieron prácticamente inalteradas, tales como la declaración de confesionalidad religiosa del Estado, la institución del Patronato o la organización de la judicatura.

Por otra parte, se introduce una fuerte vigorización del poder presidencial, sin que ello significara la consagración de un régimen presidencialista puro. En efecto, aunque se estableciera la irresponsabilidad del Presidente de la República y la atribución de nombrar y remover a los Ministros de Estado. Sin embargo, también coexistían instituciones como la compatibilidad de los cargos parlamentarios con los de ministros y el mecanismo de aprobación de las llamadas leyes periódicas<sup>14</sup>. Estos elementos que no correspondían propiamente al régimen presidencialista llevarán a que paulatinamente los aspectos del parlamentarismo se vayan imponiendo sobre el primero, para terminar tras la guerra civil del 91 en ese régimen parlamentario *sui géneris* que experimentará el país<sup>15</sup>.

Analizando la primacía original de la autoridad del Presidente de la República consagrada en el texto de la Constitución del 33, destaca en primer lugar la posibilidad de reelección presidencial tras completar un mandato de cinco

<sup>13</sup> Julio Heisse G., *Historia de Chile 1861-1925*, Santiago, 1982.

<sup>14</sup> El artículo 37 expresa que solo en virtud de una ley se puede “fijar anualmente los gastos de la administración pública” (Nº2). Igualmente, “las contribuciones se decretan por el solo tiempo de dieciocho meses, y las fuerzas de mar y tierra se fijan solo por igual término” (Nº2).

<sup>15</sup> Leopoldo Castedo, *Chile: vida y muerte de la república parlamentaria (de Balmaceda a Alessandri)*, Santiago, 2001.

años<sup>16</sup>. Esto permitió que hasta 1871 gobernaran cuatro presidentes por diez años cada uno. Asimismo, según el texto, la amplitud genérica de su autoridad –tal como la Constitución de Cádiz de 1812 y siguiendo a la Carta de 1828– se extendía a todo cuanto tuviese por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad exterior de la República, guardando y haciendo guardar la Constitución y las leyes<sup>17</sup>. En buenas cuentas, las atribuciones ordinarias del presidente se extienden al gobierno y administración interior, justicia, guerra, relaciones exteriores, asuntos eclesiásticos y hacienda; en cuanto a las atribuciones extraordinarias, podía suspender la vigencia plena de la Constitución bajo estados de excepción e incluso asumir facultades legislativas extraordinarias mediante la dictación de decretos<sup>18</sup>.

En materia legislativa, junto con su carácter colegislador, el Presidente de la República poseía el voto absoluto, lo que implicaba que un proyecto vetado totalmente no podía tramitarse hasta después de un año. Otro aspecto del fortalecimiento del presidente se daba en el ámbito electoral, al permitir controlar a través de los intendentes y gobernadores la elección de los candidatos parlamentarios, transformándose así en el llamado *gran elector*<sup>19</sup>.

Por otra parte, respecto de los demás órganos y funciones del Estado, el poder legislativo mantendrá su esquema bicameral, con una Cámara de Diputados<sup>20</sup> y un Senado; también funcionaría la llamada Comisión Conservadora durante el receso de esa última cámara<sup>21</sup>. Los diputados durarían tres años en sus cargos y los senadores de la República, nueve años. Se restablecería también el Consejo de Estado, órgano que había sido originalmente contemplado en la Constitución de 1823; su función sería asesorar al Presidente de la República, estando integrado por Ministros de Estado, altos funcionarios designados por aquél, dignidades eclesiásticas, de la judicatura, de las Fuerzas Armadas y ex autoridades políticas<sup>22</sup>.

<sup>16</sup> Artículo 61 de la CPR.

<sup>17</sup> Artículo 81 de la CPR.

<sup>18</sup> El artículo 82 de la CPR establece las amplias atribuciones presidenciales.

<sup>19</sup> El artículo 116 de la CPR precisa que el Intendente ejerce sus atribuciones, con arreglo a las leyes y a las órdenes e instrucciones del Presidente de la República, “de quien es agente natural e inmediato” en la provincia.

<sup>20</sup> La Cámara de Diputados se compone de miembros elegidos por los departamentos en votación directa y en la forma que determine la ley de elecciones (Artículo 18 de la CPR). Se elige un diputado por cada 20.000 almas (Artículo 19 de la CPR).

<sup>21</sup> Artículos 57 y 58 de la CPR.

<sup>22</sup> Sobre función consultiva vid. Bernardino Bravo L., *Gobierno fuerte y función consultiva*, Instituto de Ciencia Política, Universidad de Chile, 1984.

Por su parte la Judicatura, compuesta por los Tribunales establecidos por ley, mantendría la estructura jerárquica establecida por la Constitución de 1823 y que es conocida hasta hoy. En el texto de la Constitución del 33, la Judicatura se estructuraría bajo el título de “Administración del Estado”, a diferencia de las constituciones posteriores que a dicha función la titularán como Poder Judicial<sup>23</sup>.

Por último, debe señalarse que el texto consagra la confesionalidad del Estado y entre los diversos derechos que asegura a los habitantes cabe mencionar: la igualdad ante la ley, la libertad de movimiento, el derecho de dominio y la libertad de opinión<sup>24</sup>.

### 3. Reformas a la Constitución

Como se sabe, recién en 1865 se aprueba una ley interpretativa que autoriza la libertad de cultos a los disidentes de la religión católica, en edificios de propiedad particular<sup>25</sup>. Sin embargo, la primera reforma se producirá solo en 1871, es decir, treinta y ocho años después de entrar en vigencia, en virtud de la cual se prohíbe la reelección del Presidente de la República por el período inmediatamente posterior a su primer mandato<sup>26</sup>.

Durante el período presidencial de Federico Errázuriz Zañartu, se efectuará una serie de reformas al texto de la Constitución, entre las que cabe mencionar las siguientes materias: la modificación del quórum legislativo para las sesiones de ambas cámaras; sobre naturalización y ciudadanía; sobre libertades de reunión, asociación y enseñanza; el establecimiento de incompatibilidades absolutas entre los cargos de diputados o senadores y los de nombramiento exclusivo del Presidente de la República, con excepción de los cargos de Ministros de Estado, respecto de los cuales se mantuvo la compatibilidad; la eliminación del otorgamiento de facultades extraordinarias del Congreso al presidente y su reemplazo por la dictación de leyes excepcionales restrictivas de la libertad individual, y las libertades de imprensa y reunión, de duración transitoria; sobre la composición y atribuciones de la Comisión Conservadora; sobre mayor expedición de la acusación constitucional; incorporación al

<sup>23</sup> Respecto de la judicatura, vid. Enrique Navarro B., *Notas sobre el Rol de la Corte Suprema en Chile*, libro en colaboración con varios autores, Expansiva (2007).

<sup>24</sup> Artículo 12 de la CPR.

<sup>25</sup> Ley de 1865.

<sup>26</sup> Ley de 8 de agosto de 1871.

Consejo de Estado de miembros designados por las cámaras, y restricción de facultades presidenciales en estados de excepción y en materia de vigilancia sobre la administración de justicia<sup>27</sup>.

En el gobierno del presidente Domingo Santa María, se introdujo al texto de la Constitución un nuevo procedimiento de reforma constitucional, permitiendo que se pudiese iniciar en ambas cámaras como ley ordinaria y limitando la facultad del presidente a solo modificar el proyecto de reforma. También se incorporaron nuevas normas de requisitos para sufragar<sup>28</sup>.

En el período presidencial de José Manuel Balmaceda, se aprueba una reforma constitucional que consolidará y ampliará el sistema electoral, creándose un registro público, estableciendo la inscripción permanente, eliminando requisitos de estado civil, edad y situación patrimonial; también se introducen causales de pérdida de la ciudadanía; se eleva el número de habitantes para elegir parlamentarios; asimismo, se dispuso omitir la delimitación del territorio nacional en la Constitución<sup>29</sup>.

Luego de la guerra civil del 91 se introducirían otras tres reformas: una referida a la ampliación de las incompatibilidades parlamentarias, propuesta anteriormente por el presidente Balmaceda; otra sobre veto presidencial y, finalmente, la que otorgó a la Comisión Conservadora a convocar al Congreso a sesiones extraordinarias cuando lo estimare conveniente o cuando la mayoría de ambas cámaras lo pidiere<sup>30</sup>.

Ahora bien, durante el siglo XX, la Carta de 1833 fue objeto de dos modificaciones. En 1917 se reguló el sistema de nombramiento de los electores que tenían por función elegir al Presidente de la República<sup>31</sup>. La última reforma, agónica y en las postrimerías del régimen, fue aprobada en 1924 que, entre otras materias, se refiere a las siguientes: facultad del presidente de disolver la Cámara y atribución de esta de manifestar confianza a los ministros; remuneración de los diputados y senadores y quórum para sesionar y adoptar acuerdos por parte del Congreso<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> Durante este período, se dictan las Leyes de 25 de septiembre de 1873, 13 de agosto de 1874, 13 de agosto de 1874 y 25 de octubre de 1874

<sup>28</sup> Ley de 12 de enero de 1882.

<sup>29</sup> Ley de 9 de agosto de 1988.

<sup>30</sup> Leyes de 12 de diciembre de 1891, 7 de julio de 1892 y 26 de junio de 1893.

<sup>31</sup> Mediante ley Nº3.330, publicada en el Diario Oficial de 1 de diciembre de 1917.

<sup>32</sup> Por ley Nº4.4004, publicada en el Diario Oficial de 26 de febrero de 1924.

Como se podrá apreciar, la mayoría de las reformas mencionadas, paulatinamente tuvieron por finalidad disminuir el vigoroso poder del Presidente de la República, otorgado por el texto original de la Constitución del 33, para ir configurando de modo *sui géneris* un régimen semi parlamentario o asambleísta.

### III. CONSTITUCIÓN DE 1925

#### 1. Aprobación

Por su parte, luego de la fracasada experiencia del parlamentarismo en Chile (1891-1925), uno de los principales propósitos que tuvo el presidente Arturo Alessandri a su regreso en 1925 fue el redactar una nueva Constitución que consagrara expresamente un régimen presidencial<sup>33</sup>.

Así, se convocó a dos subcomisiones: una de las cuales estudiaría el texto a aprobar y la otra, el mecanismo de ratificación del mismo. En cuanto a este último aspecto, se impuso la tesis del presidente en orden a plebiscitar el proyecto de reforma<sup>34</sup>.

El plebiscito se efectuó el 30 de agosto de 1925, siendo aprobado el proyecto presidencial. Sin embargo, como se desprende del acucioso estudio de Wood Le Roy, del total de electores con derecho a sufragio solo el 43,03% dio su apoyo al texto respaldado por el presidente, mientras que el 54,63% acordó abstenerse, representado principalmente por los partidos Liberal Unido, Radical y Conservador<sup>35</sup>.

En ese sentido, no deja de ser sintomático el que aún en la década de los 40 se insistiera, por estos dos últimos partidos, en el restablecimiento del régimen parlamentario, lo que demuestra el grado de rechazo de las colectividades políticas mayoritarias al texto ya vigente<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Arturo Alessandri Palma, *Recuerdos de mi gobierno*, Santiago, 1967.

<sup>34</sup> José Guillermo Guerra, *La Constitución de 1925*, Santiago, 1929.

<sup>35</sup> Guillermo Wood Le Roy, *El plebiscito constitucional de 1925*.

<sup>36</sup> Bernardino Bravo Lira, *Régimen de gobierno y partidos políticos*, Santiago, 1978.

## 2. Aspectos fundamentales de la Constitución de 1925

El texto de esta Constitución contiene un capítulo I sobre Estado, Gobierno y Soberanía; un capítulo II sobre Nacionalidad y Ciudadanía, lo que mejora lo dispuesto en el texto del 33 que señalaba indistintamente con el término “chilenos”. El capítulo III sistematiza y contempla las garantías constitucionales, corrigiendo la dispersión que caracterizaba a la Constitución del 33; se consagran los llamados derechos sociales. Se separa la Iglesia del Estado, terminando con la profesión de la religión católica como oficial del Estado y permitiendo la libertad de cultos<sup>37</sup>. Se entrega a la Corte Suprema la facultad de conocer el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos legales contrarios a la Constitución<sup>38</sup>.

En cuanto a las características de fondo, cabe destacar que el texto de la nueva Constitución consagra sin ambigüedades el régimen presidencial, eliminándose todas aquellas disposiciones que la Constitución del 33 permitió avanzar hacia un sistema parlamentarista. Para asegurar el presidencialismo, se fortalecen y amplían las facultades del Presidente de la República, como las facultades colegisladoras y todas aquellas que dicen relación con su intervención en el proceso de formación de la ley (iniciativa legal exclusiva, sanción y promulgación de la ley). Se pone término a las leyes periódicas y se reglamenta la de presupuestos. Se establece un mandato presidencial de seis años sin posibilidad de reelección y la elección directa y no de segundo grado del cargo de Presidente de la República<sup>39</sup>.

Desaparecen el Consejo de Estado y la Comisión Conservadora, cuyas atribuciones de este último son entregadas al Senado. Se establece el Tribunal Calificador de Elecciones, terminándose con la calificación de las elecciones por cada Cámara respecto de sus integrantes<sup>40</sup>. Se establecen los Tribunales Administrativos y las Asambleas Provinciales; sin embargo, durante toda la vigencia de la Constitución de 1925, nunca se dictaron las leyes que regularan

<sup>37</sup> Respecto de la Constitución de 1925 vid. Guerra V., José G., *La Constitución de 1925* (1929); Bernaschina G., Mario, *Manual de Derecho Constitucional* (1951); y Silva B., Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, 3 vols. (1963).

<sup>38</sup> Sobre control de constitucionalidad de las leyes, vid. Navarro Beltrán, Enrique, “Control de constitucionalidad de las leyes en Chile 1811-2011”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional* N°43, 2011.

<sup>39</sup> Artículos 60 y ss.

<sup>40</sup> Se trata de uno de los primeros países del mundo en introducir una jurisdicción electoral especializada, en su artículo 79. Vid. José R. Cortés V., *La jurisdicción electoral en Chile: historia y propuestas de mejoramiento a la luz del Estado Democrático de Derecho*, Santiago, 2008.

tales órganos<sup>41</sup>. En 1943, se le dará rango constitucional a la Contraloría General de la República<sup>42</sup>.

### 3. Reformas a la Constitución de 1925

Durante su vigencia, se aprobaron reformas tendientes a vigorizar el Poder Ejecutivo como colegislador (especialmente en materia de iniciativa exclusiva), la consagración de órganos autónomos (como la Contraloría General de la República) y a regular especialmente el derecho de propiedad y su función social.

El texto de la Constitución de 1925 sufrió diez reformas.

La primera, de 1943, incorpora al texto constitucional a la Contraloría General de la República<sup>43</sup>.

A su vez, en materia de iniciativa legal exclusiva del Presidente de la República, ya en 1943 se le aumentan y, además, se autoriza a este para dictar decretos de emergencia económica<sup>44</sup>.

En cuanto a la nacionalidad, debe destacarse la normativa estableciendo entre otros aspectos la doble nacionalidad, con el reconocimiento a los nacidos en España con más de diez años de residencia en Chile, la nacionalidad chilena, sin tener que renunciar a la propia originaria, siempre que en España se reconociera el mismo beneficio a los chilenos<sup>45</sup>.

Por su lado, en 1959, se racionalizan los períodos de elecciones<sup>46</sup>. A su vez, ocho años después, se aumentó el número de agrupaciones provinciales para elegir senadores y el de agrupaciones departamentales, para diputados<sup>47</sup>. Del mismo modo, en el ámbito político, debe resaltarse la reforma de 1970, que en términos generales estableció que son ciudadanos los mayores de

<sup>41</sup> Disposiciones programáticas, dentro de las cuales también puede incluirse el error judicial, cuya implementación queda supeditada a una disposición legal, que nunca llegó a dictarse.

<sup>42</sup> En relación a la Contraloría, vid. *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae* 11, 2007, número monográfico sobre los ochenta años de la CGR. Más recientemente, *La Contraloría General de la República 85 años de vida institucional*, Ed. de la Contraloría General de la República, 2012.

<sup>43</sup> Ley N°7.727 de 23 de noviembre de 1943.

<sup>44</sup> Ley N°7.727 de 23 de noviembre de 1943.

<sup>45</sup> Ley N°12.548, de 30 de septiembre de 1957.

<sup>46</sup> Ley N°13.296, de 2 de marzo de 1959.

<sup>47</sup> Ley N°16.672, de 2 de octubre de 1967.

dieciocho años inscritos en los registros electorales; se concedió derecho a sufragio también a los analfabetos; amplió y fortaleció la iniciativa legal exclusiva del Presidente de la República y se reconoció la delegación de facultades legislativas a este último; se estableció el plebiscito como facultad presidencial ante la posibilidad que el Congreso rechazare un proyecto de reforma constitucional; se establecieron normas tendientes a racionalizar el proceso de formación de la ley; se creó el Tribunal Constitucional compuesto por cinco miembros, etcétera<sup>48</sup>. A su vez, en 1971, se modificó el artículo 104 de la Constitución, permitiendo el derecho de sufragio en elección de regidores a los extranjeros mayores de dieciocho años y que hayan residido más de cinco años en el país<sup>49</sup>.

Las reformas al derecho de propiedad comienzan en 1963, que modificó el artículo 10 N°10 en materia de derecho de propiedad, permitiendo un primer proceso de reforma agraria y, asimismo, autorizó a efectuar anticipadamente la toma de posesión del bien expropiado<sup>50</sup>. Posteriormente, en 1967, se modificó sustancialmente el derecho de propiedad con el objeto de profundizar el proceso de reforma agraria, amplió el plazo para pagar las indemnizaciones derivadas de expropiaciones hasta treinta años; a la vez que también autorizó al legislador reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar las de propiedad particular<sup>51</sup>.

En 1971, a su turno, se vino a consagrarse constitucionalmente el Pacto de Garantías Constitucionales acordado entre la Democracia Cristiana y la Unidad Popular, con el fin de garantizar la vigencia del Estado de derecho y las libertades públicas bajo el gobierno socialista. Fundamentalmente, esa reforma se refiere al derecho de sufragio, afectó a algunas de las garantías constitucionales, incorporando derechos sociales; finalmente se dispusieron normas sobre la Fuerza Pública que estarían constituidas por las Fuerzas Armadas y Carabineros<sup>52</sup>. Por último, en el mismo año, se estableció un nuevo estatuto en materia de propiedad minera y permitió la nacionalización de la gran minería del cobre<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> Ley N°17.284, de 23 de enero de 1970.

<sup>49</sup> Ley N°17.420, de 31 de marzo de 1971.

<sup>50</sup> Ley N°15.295, de 8 de octubre de 1963.

<sup>51</sup> Ley N°16.615, de 20 de enero de 1967.

<sup>52</sup> Ley N°17.398, de 9 de enero de 1971.

<sup>53</sup> Ley N°17.450, de 16 de julio de 1971.

## IV. CONSTITUCIÓN DE 1980

### 1. Aprobación

La Constitución de 1980 fue elaborada por una Comisión asesora, conformada por juristas del mundo liberal, laico y cristiano, siendo luego revisada por el Consejo de Estado, integrado –entre otros– por ex Presidentes de la República y, posteriormente, plebiscitada.

#### 1.1. Anteproyecto elaborado por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (1974-1978)

Este texto fue fruto de un largo estudio de la Comisión presidida por don Enrique Ortúzar e integrada por destacados juristas (Sergio Díez, Enrique Evans, Alejandro Silva Bascuñán, Jorge Ovalle, Jaime Guzmán y Gustavo Lorca. Luego se incorporaron Luz Bulnes, Raúl Bertelsen y Juan de Dios Carmona), quienes luego de 417 sesiones elaboraron un anteproyecto que contiene 123 artículos permanentes y 11 transitorios<sup>54</sup>.

#### 1.2. Proyecto del Consejo de Estado

El Consejo de Estado, encabezado por el expresidente Jorge Alessandri R. y en el que participan destacadas personalidades (entre otros, Gabriel González V. y Enrique Urrutia M.), se reúne en 57 sesiones para revisar el texto elaborado por la Comisión de Estudio, efectuándole diversas enmiendas al mismo, elaborando un proyecto que contiene 120 artículos permanentes y 27 transitorios<sup>55</sup>.

#### 1.3. Proyecto final elaborado por la Junta de Gobierno (1980)

La Junta de Gobierno formó una comisión especial para estudiar el texto propuesto por el Consejo de Estado, adoptando en ciertos casos el criterio

<sup>54</sup> Vid. Tomos I a X de las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (CENC).

<sup>55</sup> Jaime Arancibia M. y otros, *Actas del Consejo de Estado de Chile (1976-1990)*, Centro de Estudios Bicentenario, 2 vol., 2008.

contenido en alguno de los dos textos o, en otros, modificando determinadas disposiciones, particularmente las de carácter transitorias<sup>56</sup>.

#### **1.4. Plebiscito**

Como es sabido, el texto fue plebiscitado el 11 de septiembre de 1980 y aprobado por el 67,04% de los ciudadanos. Ciertamente, diversos sectores reprocharon la falta de registros públicos<sup>57</sup>.

### **2. Aspectos fundamentales de la Constitución de 1980**

El texto finalmente aprobado contiene 120 artículos y 29 disposiciones transitorias. Entre los aspectos más fundamentales, pueden destacarse:

#### *a. Parte dogmática*

La Constitución incluye un capítulo relativo a las Bases de la Institucionalidad, conteniendo diversos principios fundamentales: la subsidiariedad del Estado y el bien común como finalidad de este; la forma de Estado Unitaria y un régimen político republicano y democrático; la soberanía radicada en la nación y limitada por los derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana; el Estado de derecho y el principio de legalidad; las normas sobre pluralismo limitado, semejantes a la carta fundamental alemana de 1949 y la condena al terrorismo como contraria a los derechos del hombre<sup>58</sup>.

Del mismo modo, se consagran nuevos derechos. Entre ellos pueden destacarse: el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica; el igual acceso a la justicia; el derecho a la privacidad e intimidad; el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; la libertad para desarrollar cualquier actividad económica; la igualdad en el trato económico; el derecho a la propiedad y la prohibición de afectar la esencia de los derechos. A su vez, se fortalecen otros derechos, particularmente la igualdad ante la ley, la libertad de información, la libertad de trabajo y el derecho de propiedad<sup>59</sup>. Por último,

<sup>56</sup> Vid. Ignacio Covarrubias Cuevas, *Historia fidedigna de la Constitución de 1980: la Junta de Gobierno*, Santiago, 2002.

<sup>57</sup> Se criticó ciertamente la inexistencia de registros electorales.

<sup>58</sup> Capítulo I.

<sup>59</sup> Capítulo III.

se establecen mecanismos para tutelar adecuadamente dichos derechos: el habeas corpus (incluso frente a amenazas)<sup>60</sup> y el recurso de protección, que resguarda a las personas frente a actos u omisiones que amenacen, priven o perturben el legítimo ejercicio de derechos individuales<sup>61</sup>.

### *b. Parte orgánica*

En cuanto a la parte orgánica, puede destacarse lo siguiente: fortalecimiento de las atribuciones del Presidente de la República<sup>62</sup>; establecimiento de un Senado integrado por parte por miembros designados por ciertas instituciones e igualmente adquieran la calidad de senadores vitalicios los ex Presidentes de la República<sup>63</sup>; debido resguardo de la autonomía del Poder Judicial y su facultad de imperio<sup>64</sup>; consagración del control preventivo de las leyes por parte del Tribunal Constitucional, con más facultades que las que poseía en los años 70<sup>65</sup>; autonomía a la Contraloría General de la República, reforzando sus facultades<sup>66</sup>; creación del Consejo de Seguridad Nacional como órgano asesor en materias de seguridad<sup>67</sup> y otorgamiento de autonomía constitucional al Banco Central<sup>68</sup>.

## **3. Reformas**

Se trata de la Carta Fundamental que más ha sido reformada en la historia de Chile.

### **3.1. Reformas de 1989**

En 1989 se pacta entre el gobierno militar y los principales partidos de oposición un conjunto de 54 reformas, plebiscitadas en 1989, las que permitieron una

<sup>60</sup> Artículo 21. Sobre esta materia vid. Mario Verdugo M., “El habeas corpus en los tribunales”, en *20 años de la Constitución Chilena*, ob. cit.

<sup>61</sup> Artículo 20. El texto venía del Acta Constitucional 3, de 1976. En cuanto a los antecedentes vid. Soto Kloss, Eduardo, *El recurso de protección*, Santiago, 1982.

<sup>62</sup> Capítulo III.

<sup>63</sup> Capítulo IV.

<sup>64</sup> Capítulo VI.

<sup>65</sup> Capítulo VII.

<sup>66</sup> Capítulo IX.

<sup>67</sup> Capítulo XI.

<sup>68</sup> Capítulo XII.

transición pacífica a la democracia, liderada entonces por el expresidente Patricio Aylwin<sup>69</sup>.

Entre los aspectos modificados, cabe destacar los siguientes:

- a) Se impone al Estado el deber de sujetarse a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.
- b) Derogación del artículo 8, que castigaba todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico de carácter totalitario o fundado en la lucha de clases. Se incorpora una disposición que declara inconstitucionales a los partidos, movimientos o grupos cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario o hagan uso de la violencia.
- c) Establecimiento de sanciones específicas a quienes ejecuten conductas terroristas.
- d) Consagración de un Consejo Nacional de Televisión, cuya finalidad es velar por el correcto funcionamiento de dichos medios.
- e) Modificación del régimen de incompatibilidades gremiales y políticas, reduciéndolas a la imposibilidad de ocupar cargos directivos gremiales con cargos directivos superiores nacionales o regionales de los partidos políticos.
- f) En cuanto al Presidente de la República: se modifican las normas respecto de impedimentos o vacancia presidencial; se deroga la facultad del presidente de disolver la Cámara de Diputados; se suprime expresamente la referencia a los tribunales contencioso-administrativos; se establece un período de cuatro años de duración para el primer período presidencial que se inicia el 11 de marzo de 1990.
- g) Se modifican los efectos que pueden producir los diversos estados de excepción.
- h) En lo que dice relación con el Congreso Nacional: se disminuye la exigencia de residencia de tres a dos años; se modifican las circunscripciones senatoriales; se eliminan los mecanismos de reemplazo de los senadores designados; se modifican también las normas de vacancia parlamentaria;

<sup>69</sup> Ley N°18.825. Vid. Carlos Andrade G., *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, 1991*.

se establece expresamente la prohibición de fiscalizar por parte del Senado; se reduce los términos en materia de inhabilidades y se eliminan ciertas causales de cesación.

- i) Fijación de nuevos quórum para la aprobación de ciertas leyes.
- j) Respecto del Consejo de Seguridad Nacional, se altera su composición, facultades y mecanismos de acuerdo.
- k) Enmiendas en cuanto al régimen de administración comunal.
- l) Modificación del sistema de reforma constitucional: eliminándose la exigencia de dos Congresos, elevándose el quórum para modificar ciertos capítulos de la Constitución, sin perjuicio de otras enmiendas respecto del aludido proceso.

### **3.2. Reformas posteriores**

En los posteriores quince años, se aprobaron por el Congreso Nacional catorce procesos adicionales al texto, abarcando materias tan disímiles, como beneficios a los condenados por delitos terroristas, normas sobre administración regional y comunal, incorporación del Ministerio Público penal, integración de la Corte Suprema, igualdad entre hombres y mujeres, fortalecimiento de la educación, etcétera.

- a) En 1991, se permitió a las personas condenadas por delitos terroristas ser objeto de indulto o amnistía e igualmente obtener el beneficio de la libertad provisional, sujeto a ciertas condiciones y efectos<sup>70</sup>.
- b) El mismo año, se modificaron las normas sobre la administración regional, provincial y comunal<sup>71</sup>.
- c) Tres años después, se rebajó el período presidencial de ocho a seis años<sup>72</sup>.
- d) En 1996, se incorpora una disposición transitoria relativa al período de elección de los alcaldes y concejales<sup>73</sup>.
- e) En 1997, se agrega un capítulo especial relativo al Ministerio Público, en conformidad a los nuevos principios que forman parte de la reforma procesal penal<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> Ley N°19.055, de 1º de abril de 1991.

<sup>71</sup> Ley N°19.097, de 12 de noviembre de 1991.

<sup>72</sup> Ley N°19.295, de 4 de marzo de 1994.

<sup>73</sup> Ley N°19.448, de 20 de febrero de 1996.

<sup>74</sup> Ley N°19.519, de 16 de septiembre de 1997.

- f) El mismo año, se sustituyen normas sobre administración comunal<sup>75</sup>.
- g) Igualmente, se aumentó el número de integrantes (21) y se modificó el mecanismo de designación de los Ministros de la Corte Suprema. Adicionalmente, se sustituyeron los requisitos para ser miembro del Tribunal Constitucional<sup>76</sup>.
- h) En 1999, se fija plazo para que la Corte Suprema emita su opinión sobre determinados proyectos de ley<sup>77</sup>.
- i) En el mismo año, se modifica el artículo 1º de la Constitución, indicándose que las “personas” nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Igualmente, se establece que “hombres y mujeres son iguales ante la ley” (artículo 19 N°2)<sup>78</sup>.
- j) También, se establece que “el Estado promoverá la educación parvularia”<sup>79</sup>.
- k) El mismo año, se modifican las normas sobre la fecha de elección presidencial. Igualmente, lo relativo a la integración del Tribunal Calificador de Elecciones<sup>80</sup>.
- l) El año 2000, se reforma la Constitución en lo relativo a la oportunidad en que deben reunirse las dos Cámaras para aprobar una reforma constitucional<sup>81</sup>.
- m) El mismo año, se establece el denominado “Estatuto de los ex Presidentes de la República”<sup>82</sup>.

### 3.3. La “gran reforma” del 2005

Más recientemente, el 2005, se aprobaron reformas que comprendieron la casi totalidad del texto aprobado en 1980 y que fueron consensuadas en el Senado de la República<sup>83</sup>.

<sup>75</sup> Ley N°19.526, de 17 de noviembre de 1997.

<sup>76</sup> Ley N°19.541, de 22 de diciembre de 1997.

<sup>77</sup> Ley N°9.597, de 14 de enero de 1999.

<sup>78</sup> Ley N°19.611, de 16 de junio de 1999.

<sup>79</sup> Ley N°19.634, de 2 de octubre de 1999.

<sup>80</sup> Ley N°19.643, de 4 de noviembre de 1999.

<sup>81</sup> Ley N°19.671, de 29 de abril del 2000.

<sup>82</sup> Ley N°19.672, de 28 de abril del 2000.

<sup>83</sup> Vid. *Revista de Derecho Pùblico* 68, 2006.

### *3.3.1 Mayor equilibrio de poderes*

Un primer aspecto que llama la atención en el ámbito orgánico es que la reforma del 2005 revierte una tendencia que fue predominante en Chile, particularmente en el siglo XX, y es que se busca una reducción de las potestades del Presidente de la República, de modo que exista un mayor equilibrio de poderes con el Congreso Nacional.

Esto puede constatarse al revisar el fortalecimiento de la facultad fiscalizadora por parte de la Cámara de Diputados, constitucionalizándose las comisiones investigadoras<sup>84</sup> y estableciéndose un verdadero mecanismo de “interpelación”, aunque ciertamente con un alcance distinto del modelo parlamentario, a lo que se agrega la citación a los Ministros de Estado.

De este modo, por primera vez, se modifican las facultades que prácticamente se mantenían inalteradas desde la Carta Fundamental de 1925 cuando el presidente Alessandri había limitado las atribuciones del Congreso Nacional, habida consideración de las traumáticas experiencias vividas durante el pseudo parlamentarismo chileno, que en todo caso ciertos historiadores recientes han estado replanteando.

A su turno, en el ámbito legislativo, se robustece el rol del Congreso en la tramitación de los tratados internacionales<sup>85</sup>. En todo caso, el Presidente de la República sigue siendo “el gran legislador”.

Sin embargo, el mandato del Presidente de la República se reduce a cuatro años, sin reelección, lo que constituye el período más breve de nuestra historia republicana, si se tiene presente que durante la vigencia de la Carta de 1833 era de cinco años y de seis bajo la de 1925.

También es exiguo si se lo compara con el derecho comparado, donde existen casos de mandatos por cuatro años (con reelección), cinco años (Brasil), seis (México) e incluso siete años (Francia e Italia). Sin embargo, justo es reconocer que la transición democrática chilena se realizó precisamente en un período de cuatro años, bajo la conducción exitosa de don Patricio Aylwin, que tendrá sin duda un lugar destacado en nuestra historia republicana.

<sup>84</sup> Sobre la situación jurídica en que se encontraban las comisiones investigadoras, vid. Enrique Navarro B., “Las comisiones investigadoras a la luz de la Constitución”, *RDP* 65, 2003, pp. 194 y ss.

<sup>85</sup> Hugo Llanos M., “Los tratados y la reforma constitucional”, en *La Constitución Reformada*, 2005, pp. 345 y ss.

Otro aspecto relevante de la reforma del 2005 son aquellas que perfeccionan el sistema político al eliminarse los senadores designados y vitalicios, entregándose a la ley la determinación del número de senadores y su forma de elección (sistema electoral)<sup>86</sup>.

Adicionalmente, se suprime el requisito de residencia de los senadores y se rebaja su edad mínima a treinta y cinco años (tal como ocurre también con el Presidente de la República) y se reemplaza la normativa sobre inhabilidad y vacancia, permitiéndose la renuncia al cargo<sup>87</sup>.

Finalmente, en lo tocante a las Fuerzas Armadas, se elimina su función de garantes de la institucionalidad, entregándosela a todos los órganos del Estado<sup>88</sup>. Se contempla la posibilidad de que el presidente llame a retiro a los comandantes en jefe, mediante decreto fundado e informando previamente al Congreso. Por último, el Consejo de Seguridad Nacional pasa a ser un ente meramente asesor e integrado, además, por el Presidente de la Cámara de Diputados<sup>89</sup>.

### 3.3.2 Fortalecimiento de los derechos

En materia de derechos y garantías fundamentales, la reforma del 2005 incluyó algunos aspectos o precisiones. Así, en primer lugar, se especifica el principio de legalidad de los tribunales, de modo tal que su establecimiento sea anterior a la perpetración de los hechos, lo que no viene sino a confirmar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia<sup>90</sup>.

Se deroga el delito de difamación, cometido a través de los medios de comunicación, como a su vez la protección de la vida pública.

Del mismo modo, se contienen normas sobre libertad del imputado, aunque es del caso hacer presente que aún persisten desajustes entre la reforma procesal penal y la Carta Fundamental, desde el momento en que, por ejemplo, se sigue utilizando el término procesado en el error judicial.

<sup>86</sup> Vid. Huneeus M., Carlos y otros, *La reforma al sistema binominal en Chile*, 2006.

<sup>87</sup> Luz Bulnes A., “La reforma constitucional al Congreso Nacional”, en *La Constitución Reformada*, 2005, pp. 251 y ss.

<sup>88</sup> Marisol Peña T., “El término de la inamovilidad relativa de los Comandantes en Jefe de las FFAA y el General Director de Carabineros”, en *Reforma Constitucional*, 2005, pp. 711 y ss.

<sup>89</sup> Raúl Bertelsen R., “Consejo de Seguridad Nacional”, en *Reformas Constitucionales*, 2005, pp. 729 y ss.

<sup>90</sup> T. Constitucional, Rol 91, 19 de enero de 1990.

Debe también destacarse la jurisdicción disciplinaria de los colegios profesionales, lo que constituye un imperativo categórico para el legislador, más aún si se tiene presente que a la fecha se titulan más de dos mil abogados al año, lo que permite suponer que los estándares éticos ciertamente serán cada vez peores.

En cuanto al recurso de protección, se perfecciona esta acción cautelar en materia ambiental, desde que se puede recurrir no solo de acciones sino también respecto de omisiones ilegales, eliminándose la exigencia adicional de arbitrariedad<sup>91</sup>.

### *3.3.3 Probidad y publicidad*

Adicionalmente, en las bases institucionales, se reconocen los principios de probidad y publicidad. Lo que hoy se denomina como Transparencia.

Los alcances del nuevo artículo 8 de la Constitución Política de la República son a no dudarlo muy vastos, al constitucionalizarse principios fundamentales que ya habían sido recogidos por la legislación y antes por la jurisprudencia administrativa.

En efecto, se consagra el principio de la transparencia y de la publicidad de las actuaciones de los diversos órganos del Estado, salvo los casos excepcionales establecidos en tal sentido por el legislador –solo de quórum– cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de los órganos, los derechos de las personas, la seguridad o el interés nacional.

Como puede apreciarse, ello significa una profunda modificación del régimen establecido en materia de reserva o secreto, puesto que la actual legislación contemplaba situaciones de excepcionalidad, las que podían establecerse en normas legales y aun reglamentarias.

A partir de ahora y mientras no se dicte la respectiva legislación especial y de quórum calificado, la totalidad de las actuaciones de los diversos órganos del Estado deberán ser públicas, a menos que exista algún fundamento de

<sup>91</sup> Aunque los tribunales usualmente entendían que si la acción era ilegal, también lo era abusiva. Vid. Enrique Navarro B., “Recurso de Protección y Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, *RCHD* 20, 1993, pp. 595 y ss. Igualmente, Bertelsen R., Raúl, “Recurso de Protección y Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, *RCHD* 25, 1998, pp. 139 y ss.

carácter legal que permita la reserva o secreto y que pudiera estimarse vigente al tenor de las disposiciones transitorias constitucionales<sup>92</sup>.

### 3.3.4 Fortalecimiento de la justicia constitucional

Finalmente, se modificó la normativa del Tribunal Constitucional, tanto en lo relativo a su integración como a sus facultades, entre las cuales destaca ciertamente la acción de inaplicabilidad y la inconstitucionalidad de las leyes<sup>93</sup>. La importancia de esta reforma llevó al expresidente Lagos a afirmar que por primera vez tenemos un “texto verdaderamente democrático”.

## 4. Reformas posteriores al 2005<sup>94</sup>

Cabe tener presente que después del 2005 han continuado las reformas constitucionales. Así, por ejemplo, en materia de promoción de educación parvularia<sup>95</sup>, estatuto de Isla de Pascua y Juan Fernández<sup>96</sup>, vigencia progresiva de reformas procesales<sup>97</sup>, inscripción automática<sup>98</sup>, asociaciones municipales<sup>99</sup>, estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>100</sup>, fecha de elección presidencial<sup>101</sup>, gobierno y administración regional<sup>102</sup>, transparencia<sup>103</sup>, Ministerio que tendrá a su cargo supervigilancia y control de armas<sup>104</sup>, asistencia a las víctimas<sup>105</sup>,

<sup>92</sup> Vid. Enrique Navarro B., “Bases constitucionales del principio de transparencia”, *Revista de Derecho de la UFT*, Segunda época, 1/2013, pp. 143 y ss.

<sup>93</sup> Enrique Navarro B., “Control constitucional de las leyes 1811-2011”, *Cuadernos del TC* N°43, 2002.

<sup>94</sup> *Constituciones Políticas de la República de Chile 1810-2015*, Ediciones del TC y DOF, 2015.

<sup>95</sup> Ley N°20.162, de 16 de febrero del 2007. También se refiere a esta materia la más reciente reforma correspondiente a la Ley N°20.710, de 11 de diciembre del 2013.

<sup>96</sup> Ley N°20.193, de 30 de julio del 2007. También se refiere la Ley N°20.573, de 6 de marzo del 2012.

<sup>97</sup> Ley N°20.245, de 10 de enero del 2008.

<sup>98</sup> Ley N°20.337, de 4 de abril del 2009.

<sup>99</sup> Ley N°20.346, de 14 de mayo del 2009.

<sup>100</sup> Ley N°20.352, de 30 de mayo del 2009.

<sup>101</sup> Ley N°20.354, de 12 de junio del 2009. También se refiere a dicha materia la Ley N°20.515, de 4 de julio del 2011.

<sup>102</sup> Ley N°20.390, de 28 de octubre del 2009.

<sup>103</sup> Ley N°20.414, de 4 de enero del 2010.

<sup>104</sup> Ley N°20.503, de 27 de abril del 2011.

<sup>105</sup> Ley N°20.516, de 11 de julio del 2011.

consejeros regionales<sup>106</sup>, sistema de financiamiento gratuito en enseñanza<sup>107</sup>, integración de la Cámara de Diputados<sup>108</sup>, sufragio para ciudadanos que se encuentran en el extranjero<sup>109</sup>, obligación de rendición de cuenta a autoridades del Congreso Nacional<sup>110</sup>, autonomía constitucional del Servicio Electoral<sup>111</sup> y cesación de cargo de autoridades por infracción a normas de transparencia y gasto electoral<sup>112</sup>.

De lo señalado, puede observarse que el texto constitucional vigente ha sido el más reformado de nuestra historia. Salvo el capítulo del Banco Central, la totalidad de los demás han sido objeto de enmiendas, las que alcanzan casi tres centenares. Poco o nada, entonces, queda del texto primitivo de 1980.

## V. ASPECTOS CONTROVERSIAS

### 1. El binominal

Desde ya, debe señalarse que el sistema electoral binominal no se encuentra en la Constitución Política de la República<sup>113</sup>.

Cabe resaltar que, más recientemente, se eliminó la referencia al número mínimo de diputados, iniciando el proceso de reforma electoral, modificando el binominal<sup>114</sup>. Existe un amplio consenso político que, por tanto, modificó dicho sistema y lo hizo mucho más proporcional.

En todo caso, existen diversos sistemas electorales, según sea la materia<sup>115</sup>.

<sup>106</sup> Ley N°20.644, de 15 de diciembre del 2012.

<sup>107</sup> Ley N°20.710, de 11 de diciembre del 2013.

<sup>108</sup> Ley N°20.725, de 15 de febrero del 2014.

<sup>109</sup> Ley N°20.748, de 3 de mayo del 2014.

<sup>110</sup> Ley N°20.854, de 21 de julio del 2015.

<sup>111</sup> Ley N°20.860, de 20 de octubre del 2015.

<sup>112</sup> Ley N°20.870, de 16 de noviembre del 2015.

<sup>113</sup> De acuerdo a lo señalado en el artículo 13 transitorio de la CPR, las modificaciones a la ley orgánica constitucional sobre votaciones populares y escrutinios que digan relación con el número de senadores, las circunscripciones existentes y el sistema electoral vigente, requerirán del voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio.

<sup>114</sup> Boletín 9078-07. Ley N°20.725, publicada en el DOF de 15 de febrero del 2014.

<sup>115</sup> Dieter Nohlen, *Sistemas electorales del mundo*, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1981.

En efecto, en materia presidencial, siguiendo al modelo francés, existe un sistema mayoritario y segunda vuelta<sup>116</sup>.

Por su parte, tratándose del Congreso Nacional, como se ha señalado, se aprobó un proyecto de ley que reemplazará el sistema binominal a partir de la elección del año 2017<sup>117</sup>.

A su turno, tratándose de los alcaldes, existe un sistema mayoritario, eligiéndose a los concejales por una fórmula proporcional<sup>118</sup>.

Finalmente, también recientemente se han aprobado modificaciones en relación a la elección de los consejeros regionales<sup>119</sup>.

## 2. Quórum especiales

El modelo de leyes orgánicas viene tomado del derecho español y francés<sup>120</sup>. En todo caso, en dichas experiencias comparadas, las leyes se aprueban por un quórum más bajo.

A su vez, en todos los sistemas existen aspectos más difíciles de modificar, como ocurre, por ejemplo, en materia de reforma constitucional (modelo norteamericano de 2/3)<sup>121</sup> e incluso, en algunos, existen normas pétreas (Alemania)<sup>122</sup>.

Evidentemente, se trata de una materia en la que debe existir consenso.

Curiosamente, como se ha expresado, la actual Carta Fundamental, a pesar de ser –en teoría– la más difícil de modificar, en el hecho, ha sido la más modificada en la historia, habiendo sido objeto de treinta y tres procesos de reforma en treinta y tres años de vida.

<sup>116</sup> Artículo 26 de la CPR.

<sup>117</sup> Vid. Nota 113.

<sup>118</sup> Ley N°18.695, orgánica constitucional de municipalidades, cuyo texto refundido se encuentra en el DFL 1/2006.

<sup>119</sup> Ley N°20.678.

<sup>120</sup> Una visión crítica en Lucas Sierra y Lucas Mac-Clure, *Frente a la mayoría: leyes supramayoritarias y Tribunal Constitucional en Chile*, CEP, 2011. Una perspectiva constitucional de derecho comparado en Sergio Verdugo, “Las justificaciones de la regla de quórum supra-mayoritaria de las leyes orgánicas constitucionales”, *Revista de Derecho de la UCV* 39, 2012, pp. 395 y ss.

<sup>121</sup> CP de EEUU. En Alemania también se necesitan los 2/3 (art. 79).

<sup>122</sup> Art. 1 y 20.

### 3. Tribunal Constitucional

#### a) Antecedentes

Como se sabe, el control de la constitucionalidad en el Derecho Comparado tiene características disímiles. En algunos casos, existen controles de carácter preventivo (Consejo Constitucional de Francia, aunque reformado el año 2008) y en otros a posteriori (Alemania y España). Existen algunos que presentan el carácter de mixtos (Tribunal Constitucional de Italia). En cuanto a su forma, el control puede ser concentrado o radicado en un órgano (modelo constitucional kelseniano de Tribunal Constitucional) o entregado a diversos entes (modelo constitucional de Estados Unidos)<sup>123</sup>.

Respecto de los efectos del control, también pueden ser diversos. Así, en algunos sistemas, la sentencia tiene efectos de carácter general, como es el caso típico de las sentencias de los Tribunales Constitucionales (España, Alemania o Italia) o solo al caso concreto (Corte Suprema en Chile, antes del 2005).

En Sudamérica, existen diversas experiencias en materia de control. Así, ciertos países le entregan el conocimiento de la misma a los tribunales de justicia en general (Argentina) o específicamente a la Corte Suprema (Uruguay) o al Tribunal Constitucional (Bolivia) o a los tribunales ordinarios y al Tribunal Constitucional (Perú y Ecuador)<sup>124</sup>.

En palabras de Kelsen, es posible señalar que “no se puede (...) proponer una solución uniforme para todas las Constituciones posibles: la organización de la jurisdicción constitucional deberá modelarse según las particularidades de cada una”.

Como sabemos, los Tribunales Constitucionales surgen en Europa, en 1920, creación del notable jurista austriaco Hans Kelsen. A partir de esa fecha, se expande por el continente: España (1931 y 1978), Italia (1947), Alemania (1949), Francia (1946 y 1958), por mencionar algunos. En Hispanoamérica, también se establecen, siguiendo el modelo español de 1978. Así, surgen en Ecuador, Venezuela, Colombia, Perú y Bolivia. Hoy también se aprecia su presencia en la Europa oriental.

<sup>123</sup> Lois Favoreu, *Los Tribunales Constitucionales*, Ed. Ariel, 1994.

<sup>124</sup> En esta materia, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Crónica de Tribunales Constitucionales en Latinoamérica*, Ed. Marcial Pons, 2009.

Su papel fundamental es resolver las controversias de constitucionalidad entre los diversos órganos del Estado. En Estados Unidos, ha sido la Corte Suprema desde el siglo XIX la que ha velado por la supremacía constitucional<sup>125</sup>.

Sus antecedentes remotos en Chile los encontramos en las palabras pronunciadas por el expresidente Balmaceda, el 20 de abril de 1891, esto es, ad portas de la cruenta guerra civil, al sostener que, teniendo en consideración las cuestiones de competencia entre los poderes y los conflictos de constitucionalidad de las leyes, “sería conveniente crear un tribunal especial compuesto de 3 personas nombradas por el Presidente de la República, de 3 nombradas por el Congreso y de otras 3 nombradas por la Corte Suprema, para dirimir sin ulterior recurso los conflictos entre poderes en los casos y forma que la Constitución establezca”<sup>126</sup>.

### b) Surgimiento de la justicia constitucional en Chile

La Constitución de 1925 no contempló originalmente dicha institución, la que fue establecida posteriormente por reforma constitucional de 1970, otorgándosele la facultad para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad suscitadas durante la tramitación de los proyectos de ley<sup>127</sup>.

El expresidente Eduardo Frei Montalva señaló al efecto que “todo ordenamiento jurídico requiere la existencia de un Tribunal que vele por la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Poder Legislativo, ya que de otra manera el imperio de la Constitución queda sin resguardo ante los posibles excesos de leyes que violan las garantías constitucionales o cualquiera otra disposición fundamental de la Constitución Política”<sup>128</sup>.

Dicho Tribunal, que sesionó por cerca de dos años, dictó diecisiete sentencias, algunas de las cuales no estuvieron exentas de críticas. Incluso, la oposición al gobierno del presidente Allende calificó una de ellas como “nula de derecho”, agregando que nadie se encontraba en deber jurídico de acatarla y cumplirla<sup>129</sup>.

<sup>125</sup> Alberto B. Bianchi, *Historia Constitucional de los Estados Unidos*, 2 vols., Ed. Cathedra Jurídica, 2008.

<sup>126</sup> Discursos del presidente Balmaceda, en *Memoria Histórica Chilena*.

<sup>127</sup> Enrique Navarro B., “Control constitucional 1811-2011”, *Cuadernos del TC*, N°43, 2011.

<sup>128</sup> Eduardo Frei y otros, *La reforma constitucional de 1970*, Ed. Jurídica de Chile, 1970.

<sup>129</sup> Enrique Silva C., “El Tribunal Constitucional de Chile, 1971-1973”, *Cuadernos del TC*, N°38, 2008.

En 1973, la Junta Militar disuelve el Tribunal por estimar que su existencia era “innecesaria”, en atención a que el Congreso había sido clausurado.

### c) Rol en la transición política

En 1981 se restablece su funcionamiento, siendo del caso destacar las sentencias pronunciadas con motivo de las leyes políticas, que obligaron a que el plebiscito de 1988 se efectuara con la participación de órganos electorales.

Como se recordará, el proyecto de ley supeditaba la entrada en funciones del Tricel a la realización de la primera elección parlamentaria. Sin embargo, el TC, tomando en consideración una interpretación sistemática de la Constitución, esto es, como un todo armónico, concluyó que dichos órganos jurisdiccionales electorales debían encontrarse en vigencia antes de la realización de la referida elección parlamentaria, esto es, con ocasión de los plebiscitos, relativos a la proposición de candidato en 1988 y de reformas constitucionales de 1989<sup>130</sup>.

Por su parte, en 1987, el Tribunal también revisó la constitucionalidad del proyecto de Ley Orgánica de Partidos Políticos. Se trataba de una ley fundamental para el régimen político y respecto de la cual existía una solicitud de ciudadanos abogados relativa a la inconstitucionalidad de determinados preceptos legales<sup>131</sup>. El TC declaró la inconstitucionalidad de diversos preceptos en atención a que importaban restricciones al derecho de asociación política, invadían la autonomía de los mismos o infringían el debido proceso. Además, en 1988, previno en la necesidad de legislar respecto de la propaganda y publicidad y de la igualdad entre los candidatos<sup>132</sup>.

Dichas resoluciones judiciales fueron fundamentales para la transición política hacia la democracia. Yes que, como lo ha señalado la Corte Suprema americana, “una Constitución debe ser interpretada por el espíritu, que vivifica, y no por la letra, que mata”.

Entre 1981 y 2005 se dictaron menos de 500 fallos.

<sup>130</sup> TC, Rol 33/1985.

<sup>131</sup> TC, Rol 43/1987.

<sup>132</sup> TC, Rol 53/1988.

#### d) Reforma constitucional del 2005

La reforma constitucional del 2005 modificó la composición y atribuciones de este Tribunal.

Así, sus integrantes ahora son designados por el Presidente de la República, el Congreso Nacional y la Corte Suprema, en un modelo similar al establecido en la Carta italiana de 1947 y similar al de nuestra Corte.

La reforma constitucional del 2005 radicará exclusivamente en este Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, no solo revisará eventualmente la constitucionalidad de las leyes durante su tramitación sino que, además, conocerá de la acción de inaplicabilidad de las leyes.

La nueva acción no es en todo caso idéntica a la que anteriormente conocía la Corte Suprema, desde que ahora corresponde declarar la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación resulte contraria a la Constitución Política, por lo que se trata de un control concreto. Además, la inaplicabilidad no solo la pueden solicitar las partes de una gestión sino el propio juez de la causa<sup>133</sup>.

Para dimensionar la expansión de esta acción constitucional, debe tenerse presente que en los cinco primeros años de funcionamiento del nuevo Tribunal Constitucional han ingresado más de mil quinientas presentaciones, lo que equivale al 85% de las causas<sup>134</sup>.

Adicionalmente, la reforma del 2005 facultó al mismo Tribunal Constitucional para resolver la inconstitucionalidad de la ley, esto es, con efectos generales y derogatorios, para lo cual es menester que previamente se haya declarado su inaplicabilidad. Dicha resolución debe ser adoptada por los 4/5 de los miembros.

Se trata de un instrumento excepcional que a la fecha solo ha motivado cuatro decisiones relativas a delegación de jurisdicción en materia tributaria, la consignación previa para reclamar sanciones sanitarias, la gratuitad del turno de los abogados y, recientemente, las facultades de la Superintendencia de Salud referentes a las tablas de factores de sexo y edad en los contratos de salud previsional<sup>135</sup>.

<sup>133</sup> Enrique Navarro B., ob. cit, nota 126.

<sup>134</sup> Vid. Cuentas Anuales de 2006 a 2012 en página web TC ([www.tcchile.cl](http://www.tcchile.cl)).

<sup>135</sup> Enrique Navarro B., ob. cit, nota 126.

Asimismo, se le ha entregado también la revisión de la constitucionalidad de los autos acordados de ciertos tribunales superiores, determinando si ellos se ajustan o no a la Carta Fundamental, a la vez que ha fijado el sentido que tiene la facultad informativa de la Corte Suprema respecto de los proyectos de ley sobre organización y atribuciones de los tribunales.

## VI. ALGUNAS REFORMAS PENDIENTES

También nos parece importante destacar algunos aspectos a considerar en reformas constitucionales futuras.

### 1. Fortalecimiento de los controles

Sin perjuicio de que la carta reformada fortaleció la fiscalización por parte de la Cámara de Diputados y el control de constitucionalidad de la ley por parte del Tribunal Constitucional, parece esencial considerar algunos aspectos complementarios:

#### 1.1 Fortalecimiento de la Judicatura: autonomía judicial

Uno de ellos es el relativo a la necesidad de que el Poder Judicial<sup>136</sup> cuente con la debida autonomía que fortalezca sus atribuciones<sup>137</sup>.

La autonomía debe entenderse en un sentido amplio: a) Operativa (de modo de tener las herramientas legales para adecuar su propia institucionalidad a los requerimientos de la población); b) Financiera (de manera de poder contar con los recursos necesarios para satisfacer la demanda nacional de justicia); c) Funcional (adoptando los resguardos pertinentes para que los jueces desarrollen sus funciones jurisdiccionales con entera independencia de otra autoridad); d) De generación (reestudiándose el sistema de nombramiento, en materia de plazos y silencios tácitos); e) Retributiva (propiciar las condiciones para obtener una remuneración digna, acorde con la importancia de la función y en concordancia con la de otros poderes); y f) Estructural (mejorando la estructura de los entes de apoyo del poder judicial).

<sup>136</sup> Enrique Navarro B., *180 años de la Corte Suprema*, Ed. Corte Suprema, 2013.

<sup>137</sup> Conclusiones de las jornadas de estudio celebradas por la Corte Suprema los días 9, 10 y 11 de mayo del 2003.

## **1.2. Fortalecimiento de la Contraloría General de la República**

En primer lugar, resulta indispensable fortalecer la autonomía de este órgano, en particular otorgarle todos los recursos humanos y materiales necesarios para el correcto desempeño de sus funciones. Igualmente, podría transformarse en un ente colegiado.

También nos parece que debe revisarse el trámite de toma de razón y su alcance, de modo que junto con el debido control de la legalidad se permita el eficiente cumplimiento de las finalidades a que están llamados a cumplir los órganos fiscalizados, eliminándose exenciones, como es el caso de los actos municipales, sujetos más bien a registro.

Del mismo modo, podría regularse más detalladamente la función dictaminante de la Contraloría General de la República, dada la importancia que ha adquirido en los últimos años<sup>138</sup>.

## **1.3. Fortalecimiento del rol del Tribunal Constitucional**

Nos parece importante el estudiar algunos de los siguientes aspectos:

- a) Control de constitucionalidad de otros actos como, por ejemplo, los reglamentos de las cámaras. La reforma del 2005 solo se circunscribió a ciertos autos acordados, excluyéndose –entre otros– las instrucciones del Ministerio Público y los propios reglamentos de las cámaras<sup>139</sup>.
- b) Todas las contiendas de competencia. Ciertamente que parece más conveniente que todas las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas y administrativas y los tribunales sean entregadas al conocimiento del Tribunal Constitucional<sup>140</sup>.

<sup>138</sup> Enrique Navarro B., “Bases constitucionales de la toma de razón y de la potestad dictaminante de la Contraloría General de la República”, en *85 años de vida institucional (1927-2012)*, pp. 177 y ss.

<sup>139</sup> Enrique Navarro B., “Control de constitucionalidad de los autos acordados”, en *Jornadas celebradas por el Colegio de Abogados* (marzo del 2006).

<sup>140</sup> El artículo 53 N°3 le otorga competencia al Senado para conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia. Por su lado, el artículo 93 N°12 le confiere la competencia residual al Tribunal Constitucional. Ya el propio presidente Allende proponía entregarle la “*facultad para conocer de las contiendas de competencia entre las autoridades políticas y administrativas y los tribunales de justicia*” (Salvador Allende, *Mi propuesta a los chilenos* (texto póstumo), 1993, p. 29).

- c) Revisión del mecanismo de acción popular que establece la actual normativa y que solo lo permite cuando se trata de denunciar movimientos o partidos que sean contrarios al régimen democrático y constitucional<sup>141</sup> y en el caso de resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada ministro, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones<sup>142</sup>.

## 2. Fortalecimiento de la participación ciudadana y de los derechos

Otro punto que parece relevante es el acrecentar la participación de los ciudadanos, para lo cual la facultad de convocar a plebiscito debería aumentarse y lo mismo podría sostenerse respecto de la iniciativa popular de las leyes, de modo que los ciudadanos se sientan más cercanos a la institucionalidad democrática, alejando la indiferencia que se aprecia en los últimos años de manera sostenida. La reciente elección presidencial es un reflejo de ello, al observarse cifras de abstención cercanas al 60%.

En efecto, en la actualidad, el ordenamiento constitucional solo permite la convocatoria a plebiscito cuando existe una controversia entre el ejecutivo y el Congreso en el marco de un proceso de reforma constitucional<sup>143</sup>. A ello deben agregarse los plebiscitos comunales<sup>144</sup>.

La participación más directa de los ciudadanos en las decisiones políticas relevantes, sin que ello signifique abandonar la forma de gobierno republicana y representativa, puede constituir un importante desafío del Chile del siglo XXI.

Igualmente, parece fundamental reforzar algunos derechos fundamentales, entre los cuales cabe citar la necesidad de que el derecho de reunión sea regulado por ley<sup>145</sup> y que todos los derechos admitan tutela constitucional sin necesidad de recurrir a la vía indirecta de otros preceptos<sup>146</sup>.

<sup>141</sup> Artículo 93 N°10 de la CPR.

<sup>142</sup> Artículo 93 N°13 de la CPR.

<sup>143</sup> Artículos 128 y 129 de la CPR. Vid. Ana María García B., “Procedimientos de reforma constitucional”, *RDJ* 87, 1990, pp. 1 y ss.

<sup>144</sup> Artículo 118 de la CPR. Sobre la materia vid. Nogueira A., Humberto, “Sistema electoral y plebiscitos comunales en Chile”, *RCHD* 20, 1003, pp. 603 y ss.

<sup>145</sup> Enrique Navarro B., *El derecho de reunión en las Constituciones chilenas*, Seminario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2012.

<sup>146</sup> Enrique Navarro B., “30 años del recurso de protección”, en *Libro homenaje a Mario Verdugo M.*, Santiago, Editorial Jurídica, 2009, pp. 141 y ss.

## VII. CONCLUSIONES

1. Nuestra historia constitucional ha experimentado diversos textos, destacándose las Cartas de 1833, 1925 y la actual, todas las cuales han surgido de una forma irregular y en momentos de crisis institucional, asociadas a intervenciones militares.
2. Ninguna de ellas surge a través de una asamblea constituyente, sino que mediante diversas comisiones, habiéndose plebiscitado las de 1925 y 1980, ambos procesos cuestionados, sea por su representatividad o por su legitimidad, por la inexistencia de registros electorales.
3. La actual Carta Fundamental ha sido la más reformada en la historia constitucional chilena. De hecho, salvo el capítulo referente al Banco Central, la totalidad de los mismos han sido modificados, en diversos procesos que ascienden a 38, que se acercan a las casi 300 sustituciones.
4. En momentos en que se habla de reformas constitucionales e incluso de un nuevo texto, parece oportuno revisar la forma en que se ha ido modificando nuestro texto constitucional, especialmente en los últimos treinta años, a lo que debe agregarse que toda reforma por sí misma no resuelve los conflictos sino en la medida que las personas sientan que se trata de un texto propio –directamente aplicable por los tribunales– que, en su carácter de ley fundamental, refleje el consenso ciudadano en cuanto a las directrices de la convivencia política, social y económica de nuestra nación.
5. Ciertamente, nadie puede negarse a que, si las circunstancias lo aconsejan, se realicen reformas, teniendo sí presente que estas deben considerar que la Constitución Política de la República no solo estructura la relación de los órganos del Estado, sino que también los derechos de los ciudadanos, constituyendo para estos su principal defensa. En este sentido, se echan de menos proposiciones que apunten en esta última dirección y que sí deberían interesar a toda la población.
6. Algunos de los reparos que suelen formularse a la Carta Fundamental, se encuentran más bien diseñados por el legislador, tal como ocurre, por ejemplo, en materia electoral, ya modificado. Igualmente, respecto de los quórum de reforma constitucional, existen casos en los que se exige una mayoría calificada ( $\frac{2}{3}$  en Estados Unidos) e incluso en algunos sistemas se presentan normas pétreas, como ocurre en Alemania. Algunos estiman que podrían evaluarse ciertos temas presentados, como es el control preventivo obligatorio de constitucionalidad de las leyes orgánicas que

efectúa el TC y que significó a fines de los ochenta valientes decisiones que permitieron dar legitimidad a las elecciones y facilitar una transición pacífica a la democracia. En todo caso, el TC ha sido extremadamente restrictivo en cuanto al alcance de las leyes orgánicas y dicho sistema se inspiró en la tradición francesa e hispana. Otra cosa es el número y las materias de las leyes orgánicas, que podría estudiarse.

7. Debemos pensar en una institucionalidad que preserve la estabilidad, de modo que la Carta Fundamental no sea objeto de divisiones sino de unidad, de manera de celebrar nuestro bicentenario –el año 2018– con la alegría de haber obtenido una verdadera paz social. Debemos modificar lo necesario, construir lo conveniente y consolidar las raíces de nuestra institucionalidad, no olvidando que el Estado está al servicio de la persona y su finalidad última es el bien común. Las constituciones no están para ser admiradas, desde lejos, como trofeos, sino para ejecutarlas, para aplicarlas en la solución de los conflictos de los ciudadanos. Esto es lo fundamental: una Constitución del ciudadano, que lo proteja del abuso, de un particular o del propio Estado.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alessandri Palma, Arturo, *Recuerdos de mi gobierno*, Santiago, 1967.
- Allende, Salvador, *Mi propuesta a los chilenos* (texto póstumo), 1993.
- Andrade G., Carlos, *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*, 1991.
- Arancibia M., Jaime y otros, *Actas del Consejo de Estado de Chile (1976-1990)*, Centro de Estudios Bicentenario, 2 vol., 2008.
- Balmaceda, José M., “Discursos del presidente”, en *Memoria Histórica Chilena*.
- Bernaschina G., Mario, *Manual de Derecho Constitucional*, 1951.
- Bertelsen, Raúl, “Consejo de Seguridad Nacional”, en *Reformas Constitucionales*, 2005.
- Bertelsen, Raúl, “Recurso de Protección y Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, *RCHD* 25, 1998.
- Bianchi, Alberto B., *Historia Constitucional de los Estados Unidos*, 2 vols., Ed. Cathédra Jurídica, 2008.
- Bravo Lira, Bernardino, *Régimen de gobierno y partidos políticos*, Santiago, 1978.

- Bravo L., Bernardino, *Gobierno fuerte y función consultiva*, Instituto de Ciencia Política, Universidad de Chile, 1984.
- Bulnes A., Luz, “La reforma constitucional al Congreso Nacional”, en *La Constitución Reformada*, 2005.
- Carrasco A., Manuel, *Comentarios sobre la Constitución de 1833*, Santiago, 1958.
- Carrasco D., Sergio, *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*, 1908.
- Castedo, Leopoldo, *Chile: vida y muerte de la república parlamentaria (de Balmaceda a Alessandri)*, Santiago, 2001.
- Cortés V., José R., *La jurisdicción electoral el Chile: historia y propuestas de mejoramiento a la luz del Estado Democrático de Derecho*, Santiago, 2008.
- Covarrubias Cuevas, Ignacio, *Historia fidedigna de la Constitución de 1980, la Junta de Gobierno*, Santiago, 2002.
- Favoreu Louis Joseph, *Los Tribunales Constitucionales*, Ed. Ariel, 1994.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Crónica de Tribunales Constitucionales en Latinoamérica*, Ed. Marcial Pons, 2009.
- Frei, Eduardo y otros, *La reforma constitucional de 1970*, Ed. Jurídica de Chile, 1970.
- García B., Ana María, “Procedimientos de reforma constitucional”, *RDJ* 87, 1990.
- Guerra V., José G., *La Constitución de 1925*, 1929.
- Heisse G., Julio, *Historia de Chile 1861-1925*, Santiago, 1982.
- Huneeus M., Carlos y otros, *La reforma al sistema binominal en Chile*, 2006.
- Huneeus Zegers, Jorge, *La Constitución ante el Congreso*, 2 vols., 1879.
- Lastarria, José Victorino, *La Constitución Comentada*, 1856.
- Llanos M., Hugo, “Los tratados y la reforma constitucional”, en *La Constitución Reformada*, 2005.
- Navarro Beltrán, Enrique, *180 años de la Corte Suprema*, Ed. Corte Suprema, 2013.
- Navarro Beltrán, Enrique, “Bases constitucionales del principio de transparencia”, *Revista de Derecho UFT*, Segunda época, 1/2013.
- Navarro Beltrán, Enrique, “El derecho de reunión en las Constituciones chilenas”, Seminario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2012.
- Navarro Beltrán, Enrique, “Control de constitucionalidad de las leyes en Chile 1811-2011”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional* N°43, 2011.
- Navarro Beltrán, Enrique, “30 años del recurso de protección”, en *Libro homenaje a Mario Verdugo M.*, Santiago, Editorial Jurídica, 2009.

- Navarro Beltrán, Enrique, *Notas sobre el Rol de la Corte Suprema en Chile*, en colaboración con varios autores, Expansiva, 2007.
- Navarro Beltrán, Enrique, “Control de constitucionalidad de los autos acordados”, en *Jornadas celebradas por el Colegio de Abogados* (marzo del 2006).
- Navarro Beltrán, Enrique, “Las comisiones investigadoras a la luz de la Constitución”, *RDP* 65, 2003.
- Navarro Beltrán, Enrique, “Control constitucional de las leyes 1811-2011”, *Cuadernos del TC* N° 43, 2002.
- Navarro Beltrán, Enrique, “Recurso de Protección y Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, *RCHD* 20, 1993.
- Navarro Beltrán, Enrique, “Bases constitucionales de la toma de razón y de la potestad dictaminante de la Contraloría General de la República”, en *85 años de vida institucional (1927-2012)*.
- Nogueira A., Humberto, “Sistema electoral y plebiscitos comunales en Chile”, *RCHD* 20, 2003.
- Nohlen, Dieter, *Sistemas electorales del mundo*, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1981.
- Peña T., Marisol, “El término de la inamovilidad relativa de los Comandantes en Jefe de las FFAA y el General Director de Carabineros”, en *Reforma Constitucional*, 2005.
- Roldán, Alcibiades, *Elementos de Derecho Constitucional de Chile*, 1924.
- Salvat M., Manuel, “La gran Convención (Notas sobre los orígenes de la Constitución de 1833)”, *Revista de Derecho Público* N°27, 1980.
- Sierra, Lucas y Mac-Clure, Lucas, *Frente a la mayoría: leyes supramayoritarias y Tribunal Constitucional en Chile*, CEP, 2011.
- Silva B., Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, 3 vols, 1963.
- Silva Cimma, Enrique, “El Tribunal Constitucional de Chile, 1971-1973”, *Cuadernos del TC*, N°38, 2008.
- Vásquez, José Ignacio y Enrique Navarro B., *20 años de la Constitución Chilena*, Ed. Conosur, 2001.
- Verdugo, Sergio, “Las justificaciones de la regla de quórum supra-mayoritaria de las leyes orgánicas constitucionales”, *Revista de Derecho UCV*, 39, 2012.
- Wood le Roy, Guillermo, *El plebiscito constitucional de 1925*.
- “Los ochenta años de la CGR”. Más recientemente, “La contraloría general de la república 85 años de vida institucional”, *Revista de Derecho de la Universidad*

*Finis Terrae* 11, 2007, número monotemático sobre Ed. de la Contraloría General de la República, 2012.

“Actas de la comisión de estudio de la Nueva Constitución” (CENC). *Revista de Derecho Público* 68, Vid. Tomos I a X, 2006.

*Constituciones políticas de la república de Chile 1810-2015*, Ediciones del TC y DOF, 2015.

## Bibliografía normativa

Reglamento de 1811

Reglamento de 1818

Constitución de 1822

Constitución de 1823

Constitución de 1828

Constitución política de la república de 1980

Ley de 1865

Ley de 8 de agosto de 1871

Ley de 25 de septiembre de 1873

Ley de 13 de agosto de 1874

Ley de 25 de octubre de 1874

Ley de 12 de enero de 1882

Ley de 9 de agosto de 1988

Ley de 12 de diciembre de 1891

Ley de 7 de julio de 1892

Ley de 26 de junio de 1893

Ley N°3.330, publicada en el Diario Oficial de 1 de diciembre de 1917

Ley N°4.4004, publicada en el Diario Oficial de 26 de febrero de 1924

Ley N°7.727 de 23 de noviembre de 1943

Ley N°7.727 de 23 de noviembre de 1943

Ley N°12.548, de 30 de septiembre de 1957

Ley N°13.296, de 2 de marzo de 1959

Ley N°16.672, de 2 de octubre de 1967

Ley N°17.284 de 23 de enero de 1970

- Ley N°17.420, de 31 de marzo de 1971  
Ley N°15.295, de 8 de octubre de 1963  
Ley N°16.615, de 20 de enero de 1967  
Ley N°17.398, de 9 de enero de 1971  
Ley N°17.450, de 16 de julio de 1971  
Ley N°18.825, de 17 de agosto de 1989  
Ley N°19.055, de 1º de abril de 1991  
Ley N°19.097, de 12 de noviembre de 1991  
Ley N°19.295, de 4 de marzo de 1994  
Ley N°19.448, de 20 de febrero de 1996  
Ley N°19.519, de 16 de septiembre de 1997  
Ley N°19.526, de 17 de noviembre de 1997  
Ley N°19.541, de 22 de diciembre de 1997  
Ley N°19.597, de 14 de enero de 1999  
Ley N°19.611, de 16 de junio de 1999  
Ley N°19.634, de 2 de octubre de 1999  
Ley N°19.643, de 4 de noviembre de 1999  
Ley N°19.671, de 29 de abril del 2000  
Ley N°19.672, de 28 de abril del 2000  
Ley N°20.162, de 16 de febrero del 2007  
Ley N°20.193, de 30 de julio del 2007  
Ley N°20.245, de 10 de enero del 2008  
Ley N°20.337, de 4 de abril del 2009  
Ley N°20.346, de 14 de mayo del 2009  
Ley N°20.352, de 30 de mayo del 2009  
Ley N°20.354, de 12 de junio del 2009  
Ley N°20.390, de 28 de octubre del 2009  
Ley N°20.414, de 4 de enero del 2010  
Ley N°20.503, de 27 de abril del 2011  
Ley N°20.515, de 4 de julio del 2011  
Ley N°20.516, de 11 de julio del 2011

- Ley N°20.644, de 15 de diciembre del 2012  
Ley N°20.573, de 6 de marzo del 2012  
Ley N°20.710, de 11 de diciembre del 2013  
Ley N°20.710, de 11 de diciembre del 2013  
Ley N°20.725, de 15 de febrero del 2014  
Ley N°20.748, de 3 de mayo del 2014  
Ley N°20.854, de 21 de julio del 2015  
Ley N°20.860, de 20 de octubre del 2015  
Ley N°20.870, de 16 de noviembre del 2015  
Ley N°20.725, publicada en el DOF de 15 de febrero del 2014  
Ley N°18.695, orgánica constitucional de municipalidades, cuyo texto refundido se encuentra en el DFL 1/2006  
Ley N°20.678  
Constitución Política de Estados Unidos

### **Bibliografía jurisprudencial**

- TC, Rol N°33/1985  
TC, Rol N°43/1987  
TC, Rol N°53/1988  
TC, Rol N°91/1990



## LA APROBACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES CHILENAS Y LA NECESIDAD DE UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

## THE APPROVAL OF THE CHILEAN CONSTITUTIONS AND THE NEED FOR NEW CONSTITUTION

EMILIO PFEFFER URQUIAGA<sup>1</sup>

FELIPE LIZAMA ALLENDE<sup>2</sup>

**Resumen:** En este artículo, se expone sobre cómo fueron aprobadas las constituciones en la Historia de Chile. Lo hacemos motivados por la captura en el actual debate, motivado casi exclusivamente en que la aprobación de la Carta Fundamental de 1980 deslegitima toda actuación jurídica posterior. Luego trataremos sucintamente el actual proceso de modificación constitucional en la propuesta gubernativa. Finalmente, nos preguntamos sobre la necesidad de un nuevo texto fundamental, sin atender a la constante histórica chilena.

**Abstract:** This article discusses how the constitutions were approved in the History of Chile. We do so motivated by the capture in the current debate, motivated almost exclusively in that the adoption of the Fundamental Charter of 1980 delegitimizes any subsequent legal action. Then we will briefly discuss the current process of constitutional amendment in the government proposal. Finally, we ask ourselves about the need for a new fundamental text, without taking into account the historical Chilean constant.

**Palabras clave:** Constituciones. Evolución histórica en Chile. Reformas constitucionales. Nueva Constitución Política.

**Key words:** Constitutions. Historical evolution in Chile. Constitutional reforms. New Political Constitution.

<sup>1</sup> Abogado, Universidad de Chile. Fundador y director del *Diario Constitucional*. Miembro y director de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Ex abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago (2002-2011) y de la Corte Suprema (2012-2015). E-mail emiliopfeffer@pfeffer.cl

<sup>2</sup> Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. E-mail flizama@ssffaa.gob.cl

## I. INTRODUCCIÓN

Durante el último tiempo, hemos leído detenidamente sobre la necesidad de cambiar totalmente el sistema constitucional vigente en nuestro país, destacándose algunos serios intentos de reflexión sobre la temática, en distintas visiones<sup>3</sup>.

Desgraciadamente, creemos que –más allá de estos trabajos meritorios– sigue primando una visión que propicia que la Constitución actual debe ser cambiada *únicamente* por su origen autoritario y método de aprobación, y por estar desprovista de las credenciales democráticas contemporáneas, casi sin analizar directamente el texto o articulado constitucional. Ello constituye una premisa histórica errada, consistente en que la actual Carta Fundamental está deslegitimada para regir la vida política, económica y social del actual pueblo chileno, por su origen autocrático. Pero, como veremos, los textos constitucionales anteriores fueron precisamente aprobados sin mayor participación y deliberación pública<sup>4</sup>. Por ello, resulta necesario analizar si la afirmación consistente en que el origen de las cartas constitucionales deslegitima totalmente su concreción y aplicación es verídica y si de ella se colige el necesario llamado a cambiar de raíz el sistema constitucional actual. Para ello expondremos los mecanismos de aprobación en los textos de los años 1818, 1823, 1828, 1833, 1925 y 1980<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Véase a este respecto Zúñiga Urbina, Francisco, et al., *Nueva constitución y momento constitucional: visiones, antecedentes y debates*, Ed. LegalPublishing, 2014, *passim*. También García García, José Francisco (coordinador), *¿Nueva constitución o reforma? Nuestra propuesta: Evolución Constitucional*, Ed. Thomson Reuters, 2013, *passim*.

<sup>4</sup> Han existido estudios que han recordado la aprobación de ciertos textos constitucionales chilenos, como puede apreciarse, v.gr., en el trabajo de Navarro Beltrán, Enrique, “Reformas a la Constitución chilena”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Número Especial 74, 2014, pp. 13 y ss. Un enfoque analítico estructurado bajo los tipos de repúblicas que han existido en Chile puede encontrarse en Pablo Ruiz-Tagle Vial y Renato Cristi Becker, *La República en Chile. Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano*, Ediciones LOM, 2008, pp. 79 a 143.

<sup>5</sup> Para profundizar en las breves referencias a fechas o hechos históricos que se hagan en los párrafos que siguen, consultese el excelente trabajo de Sergio Carrasco Delgado, *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*, Ed. Jurídica de Chile, 1980, especialmente para la Constitución de 1818, pp. 25 a 27; Constitución de 1823, pp. 39 a 44; Constitución de 1828, pp. 50 a 51; Constitución de 1833, pp. 53 a 65; Constitución de 1925, pp. 72 a 78.

## II. LA APROBACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1818<sup>6</sup>

En Chile, el proceso de restauración absolutista de finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX, despertó una difusión de las ideas liberales e ilustradas. Su punto cílmene se da a partir de la declaración de independencia, realizada por Bernardo O'Higgins el 12 de febrero del año 1818. En efecto, con posterioridad a la batalla de Maipú, terminará todo intento factible por parte de la Corona de recuperar el territorio chileno.

Así las cosas, con fecha 17 de abril de 1818, los vecinos de la ciudad de Santiago se reunieron en un cabildo abierto para exigir que se previniera la arbitrariedad y se encuadrara la acción del Gobierno a Derecho, lo que despertó la airada reacción de O'Higgins, quien incluso llegó a apresar a ciertos miembros del cabildo. Empero ello le reveló la necesidad de promulgar un texto constitucional que limitara el ejercicio del poder. De allí que el 18 de mayo del año 1818, el Director Supremo extendió un decreto en el cual sostuvo que, en virtud de sus facultades, designaría una comisión de siete personas para que le entregasen un proyecto de Constitución.

El proyecto fue sometido a sufragio en el territorio controlado por las fuerzas patriotas (desde Cauquenes a Copiapó), consistente en suscripciones a consignar en dos libros disponibles en las parroquias, el primero para que se anotaren las personas que estaban de acuerdo con el proyecto y el segundo para las que estaban en contra de su aprobación. Atendido el poder político que detentaba O'Higgins, prácticamente no existió oposición al nuevo texto político, cuya denominación fue “Constitución Provisoria para el Estado de Chile”.

Pero, las necesidades de afianzar la independencia recién obtenida, provocaron que O'Higgins prescindiera del texto constitucional, en especial en lo referido a la renovación de las autoridades<sup>7</sup>. Ello ocasionó un descontento

<sup>6</sup> Excluimos de esta referencia los ensayos constitucionales de los años 1811, 1812, 1814 y 1822 por ser estos (i) provisionales, pues pretendían sortear el estado excepcional iniciado con el cautiverio de Fernando VII en 1808; (ii) de emergencia, de momento que se fraguaron al amparo de las tesis pactistas, arguyendo que el poder volvía al pueblo en ausencia del monarca, y (iii) rudimentarios, por estar enderezados a determinar las relaciones del Reino con la figura del rey, así como en dar una administración gubernativa para regir la situación temporal.

<sup>7</sup> Lo anterior se suscitó pues la Constitución provisoria indicaba que el Director Supremo sería elegido por las provincias, en conformidad a un reglamento que se dictaría para tal efecto. A su vez, mientras no se instaurare un Congreso Nacional, el Poder Legislativo residirá en un Senado, compuesto por siete miembros designados por el Director Supremo. Sus atribuciones

de la población y el repudio al Director Supremo, que generó una grave crisis política. Ante esto, O'Higgins disolvió el Senado y planteó la necesidad de crear una nueva Constitución.

Para ello O'Higgins, en el mes de mayo de 1822, promulgó un decreto, a fin de que se procediera a la elección, por parte de los cabildos, de los representantes de las provincias que intervendrían en una convención preparatoria de la nueva Constitución. O'Higgins participó en la elección de los miembros de manera que ellos fueran partidarios de su gobierno, ocasionando el rechazo de las clases altas.

La Convención preparatoria realizó la ratificación del mandato entregado a O'Higgins (quien había puesto a disposición su cargo al instalar la convención). Desde ese momento, esta se convirtió en el Congreso Legislativo, que más tarde ejercerá el papel de poder constituyente. Durante el mes de octubre de 1822, este Congreso aprobará el proyecto constitucional redactado por José Antonio Rodríguez Aldea. Este proyecto (de 248 artículos) tendrá como modelo la Constitución española de 1812, y será el primer texto constitucional que regula materias tan relevantes como, v.gr., la nacionalidad.

### III. LA APROBACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN MORALISTA DE 1823

Sabido es que la Constitución del año 1823 constituye uno de los mejores ejemplos de la creencia chilena e hispánica que todo se soluciona por medio de una ley, lo que es una clara consecuencia de los ideales racionalistas. Ello explica que Alberto Edwards al referirse a ella la tratara de impracticable y anárquica<sup>8</sup>.

Como sabemos, dicho cuerpo supremo tuvo por redactor a Juan Egaña y, en gran parte, reproduce su propio proyecto de 1813. Una de sus características es

se reducen a “celar la puntual observancia de la constitución” (Título III, Capítulo III, Art. 1) y prestar su acuerdo para “los grandes negocios del Estado, como imponer contribuciones, pedir empréstitos, declarar la guerra, hacer la paz, formar tratados de alianza, comercio, neutralidad; mandar embajadores, cónsules, diputados o enviados a potencias extranjeras; levantar nuevas tropas o mandarlas fuera del Estado; emprender obras públicas y crear nuevas autoridades o empleos”. (Título III, Capítulo III, art. 4)

<sup>8</sup> Cfr. Alberto Edwards Vives, *La Fronda Aristocrática* (novena edición), Santiago, Editorial Universitaria, 1984, p. 59.

que contenía un “apéndice”, compuesto por un Código Moral de 625 artículos que reglamentaba todo lo relativo a castigos, premios y festividades públicas.

Juan Egaña privilegiaba en su pensamiento político la moralidad, entendida como virtud de los ciudadanos; de allí que las leyes escritas debían ser virtudes consuetudinarias, observadas espontáneamente. Ello sin perjuicio de asumir paralelamente las ideas del liberalismo sin restricción, como quedó demostrado en el propio texto constitucional.

En relación a su aprobación, ingresado el proyecto al Congreso hubo una división entre sus revisores, de momento que los sectores conservadores la apoyaron y los grupos liberales la combatieron. La Constitución fue promulgada el 29 de diciembre de 1823, después de haber sido discutida en los meses de noviembre y diciembre por el Congreso Constituyente que había iniciado sus funciones el 12 de agosto de 1823.

Como puede apreciarse, esta fue la primera Constitución aprobada por una Asamblea Constituyente. Mas, el carácter rígido de la preceptiva constitucional y la disociación *normatividad-facticidad* que se predicaba de ella, hicieron que a los seis meses de su vigencia dejase de ser aplicada. En efecto, en julio del año 1824, se suspendió su vigencia. Un año después de su promulgación, el 29 de diciembre de 1824, fue declarada nula y sin efecto por el nuevo Congreso convocado en julio de ese año y que se había reunido el 22 de noviembre. Por último, mediante una ley de fecha 10 de enero de 1825, se la declaró como insubsistente en todas sus partes.

#### IV. LA APROBACIÓN DE LA LLAMADA “CONSTITUCIÓN FEDERAL” EN CHILE

El federalismo en cuanto doctrina política se asoció en el primer tercio del siglo XIX, por quienes fueron sus cultores en Chile, como contrapunto al centralismo y autoritarismo con que se identificaba el absolutismo monárquico al que estuvo sometido el país. Ello explica, presumiblemente, que el sistema federal se ensayara en toda América Hispana, más allá de sus resultados concretos.

Pese al nombre históricamente conocido (“Constitución Federal”), advirtamos desde ya que no hubo un texto fundamental con dicha cualidad, sino que el sistema político pretendió organizarse en torno a diversas leyes federales.

Al mismo tiempo que se dictaban estas leyes, con fecha 7 de julio de 1826, se designó por el Congreso una comisión que preparara una Constitución, en la que tuvo gran influencia don José Miguel Infante.

La comisión precitada concluyó su trabajo el día 1º de diciembre de ese mismo año y presentó un proyecto de Constitución Federal para su discusión al Congreso con fecha 19 de enero de 1827. Después de haber discutido solo algunos artículos y de haberse hecho muchas enmiendas, el 2 de julio se suspendió su discusión, toda vez que el Congreso se había autodisuelto.

Por otra parte, entre los meses de julio a diciembre del año 1826, se dictaron un conjunto de leyes llamadas federales. En efecto: a) Hubo una norma previa dictada por el Consejo Directorial que dividía al país en ocho provincias; b) Asimismo, se dictó una ley con fecha 8 de julio de 1826 que daba, por primera vez, el nombre de Presidente de la República a la persona que ocupara la primera magistratura. El primero en usar este título fue don Manuel Blanco Encalada; c) Finalmente, hubo otro conjunto de disposiciones durante 1826: i) Una ley marco, por la cual se declara a Chile República Federal; ii) Una ley dispuso la elección popular de los gobernadores; iii) Otra preceptiva dispuso la elección popular de los cabildos; iv) Finalmente, se estatuyó –incluso– la elección popular de los párrocos.

Añadamos que la lucha política en facciones no aparece sino en la segunda mitad del año 1828, cuando Francisco Antonio Pinto convoca a elecciones para elegir un Congreso. Hasta entonces, los cuadros políticos no definían bien su ideario, mas ahora sí pudiendo identificarse y triunfar los liberales<sup>9</sup>. Al congreso constituyente del año 1828, los liberales se presentaron como moderados, pues fueron la transacción entre las ideas autoritarias de los pelucones, por un lado, y las ideas de independencia provincial de los federalistas, por el otro.

Lo anterior ocasionó que los liberales obtuvieran un gran triunfo, lo que les permitió aprobar la Constitución de 1828, conocida como la “Constitución Liberal”, texto que ha sido caracterizado lapidariamente del siguiente modo: “La sociedad aparece creada ‘ex-profeso’ para regirse por la Constitución y no esta para adoptarse a la sociedad”<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Véase a este respecto, Fernando Campos Harriet, *Historia Constitucional de Chile* (séptima edición), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 144 y ss.

<sup>10</sup> Julio Heise González, *Historia Constitucional de Chile*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1950, p. 53.

## V. LA REVOLUCIÓN DEL AÑO 1829 Y LA APROBACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1833

Tal como hemos expuesto, la Constitución liberal del año 1828 tenía un origen legal y el gobierno era –por consiguiente–, legítimo. Los sectores pelucones sabían que una revolución meramente trastornadora del régimen constitucional imperante sería una actuación del todo repudiada, pero con ocasión de las elecciones presidenciales de 1829 tuvieron una posibilidad jurídico-política de revertir esta situación. Este conflicto dio origen al cambio del régimen político, al surgimiento de Diego Portales como figura política gravitante en las décadas siguientes, y la aparición de la Constitución de 1833.

Para la formación del más importante cuerpo constitucional chileno del siglo XIX, se dictó una ley (promulgada el 1º de octubre del año 1831) que convocaba, en forma anticipada, a una Gran Convención, contemplada en el artículo 133 de la Constitución de 1828, cuyo objetivo era revisar y reformar en lo necesario dicha Constitución.

La característica central de esta Constitución es que funcionó casi tres años antes de comenzar a regir en derecho (solo fue promulgada en mayo de 1833). La ley que mandó conformar la Gran Convención señalaba en su artículo 1º una verdadera justificación de la convocatoria: “*La Constitución política de la nación chilena, promulgada en 8 de agosto de 1828 necesita reformarse i adicionararse*”.

El país, gracias a la figura de Diego Portales, había vuelto a sentir la presencia de un gobierno indiscutido, se ponía término tanto a la lucha por el poder entre facciones encontradas como a la seguidilla de ensayos legales, que había sido, a juicio de Bernardino Bravo Lira, uno de los principales factores de descomposición institucional: “En esta situación, fue el Cabildo de Santiago quien se hizo intérprete de los que deseaban modificar la Constitución. El 17 de febrero de 1831 sugirió que se anticipara su reforma, mediante una declaración de que había llegado el caso previsto en ella para 1836. Así se hizo y por eso la Constitución de 1833 se elaboró y promulgó como una reforma de la de 1828. Se convocó, pues, en 1831, la Gran Convención prevista en la Constitución de 1828 para 1836. Estuvo compuesta de treinta y seis miembros, dieciséis de los cuales debían ser diputados y los veinte restantes, personas

de probidad e ilustración. Entre ellos, hubo catorce que también pertenecían al Congreso”<sup>11</sup>.

El procedimiento consistió en que la gran convención, una vez que revisara y reformara la Constitución, debía presentarla al presidente y al Congreso, para que la juraran, sin necesidad de una nueva votación o acuerdo. Por otra parte, los integrantes de la Gran Convención deciden formar una comisión menor integrada por algunos de sus miembros, con el objeto de que el trabajo pudiera hacerse más rápido. Una vez hecho ese trabajo, la Comisión debía presentarlo a la gran convención para que esta le introdujera indicaciones y terminara aprobando el proyecto definitivo. Fue así que se formó una Comisión Permanente formada por siete personas, que debían “encargarse del proyecto de reforma”. Esta comisión permanente, dirigida por don Joaquín Tocornal, presentó su proyecto y lo remitió en abril del año 1832 al Presidente de la República.

De la Comisión citada salieron dos proyectos, uno que contó internamente con el voto de mayoría y cuyo autor era Joaquín Gandarillas y un voto de minoría de Mariano Egaña. Mas fue este proyecto minoritario el que aceptó la Gran Convención y sobre el cual discutió.

## VI. LA APROBACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1925

Antes de referirnos a este tema, resulta necesario señalar que con la Constitución de 1925 se abre un nuevo período en la historia del derecho chileno: la Socialización del Derecho y de sus Instituciones. Esta etapa se caracteriza por romper con la piedra angular del derecho chileno y eje regulador de la vida de las clases dominantes durante la segunda mitad del siglo XIX y el primer cuarto del siglo XX, los códigos.

En esta nueva etapa, el eje de la vida jurídica es el Estado, produciéndose una estrecha relación entre este y la ley. El Estado ha venido, mediante la interacción del presidente y el Congreso, confeccionado la legislación que rige los destinos del país. La burguesía liberal ya no domina la acción del Estado y ha perdido la ley como herramienta para la consecución de sus fines. El panorama político también ha cambiado, existen nuevos sectores sociales,

<sup>11</sup> Bernardino Bravo Lira, “La Constitución de 1833”, *Revista Chilena de Derecho* PUC. Vol. 10, N°2, 1983, p. 318.

más partidos políticos y muchos grupos unidos por razones de solidaridad que empiezan a insertarse con voz dentro de la sociedad.

Lo anterior llevó a decir que “la libre actividad de los individuos ya no podía asegurar el crecimiento y el progreso, se empieza a apelar a la potencia ordenadora del Estado para asegurar el logro de esos fines. El Estado liberal del siglo XIX, el Estado de la no intervención, de la seguridad, del Derecho y de la cultura, estaba dejando paso al moderno Estado del siglo XX: el Estado interventor. El Estado toma a su cargo y empieza a regular ámbitos cada vez más amplios de la vida de la comunidad para asegurar el bienestar material de los ciudadanos. La proliferación de normas jurídicas irá en constante aumento para regular el comercio exterior y, particularmente, establecer barreras aduaneras y subvenciones, estatizar empresas como los ferrocarriles, fijar tarifas, introducir los seguros sociales, proteger ciertas actividades o rubros de producción regulando la competencia y desarrollando una cada vez más agresiva política tributaria. El Estado interventor, desde las últimas décadas del siglo XIX, entrará de lleno a regular la economía y la sociedad”<sup>12</sup>.

En este contexto, el líder liberal Arturo Alessandri Palma representará en su proyecto a diversos sectores más postergados, pero no por eso sin alejarse de su origen político. Llegará así a ser candidato en el año 1920 en representación de la Alianza Liberal integrada por radicales, liberales, balmacedistas y democráticos.

Su principal contendiente fue don Luis Barros Borgoño, apoyado por la Unión Nacional. El resultado de la elección fue muy estrecho; Alessandri obtuvo una ventaja de cinco electores por sobre Barros Borgoño. Este acto electoral debía ser calificado por el Congreso, el cual era mayoritariamente opositor al candidato ganador. Ante esto, sus seguidores promovieron una instancia neutral, formándose así un Tribunal de Honor que resolvió darle el triunfo a Alessandri por un elector.

A poco de asumir la primera magistratura de la nación, Arturo Alessandri prometió reformas a la Constitución que tenían por objeto disminuir las atribuciones del Congreso. Mas estas reformas, junto con los proyectos de leyes sociales, no se presentaron sino hasta bien avanzado su período, en el año 1924. Cabe recordar que en este período político hubo sendas dificultades de convivencia política y revueltas sociales, protestas con violentos resultados.

<sup>12</sup> Enrique Brahm García, *Propiedad sin libertad: Chile 1925-1973: aspectos relevantes en el avance de la legislación socializadora*, Santiago, Editorial Universidad de los Andes, 1999, p. 24.

A los conflictos sociales que hemos referido, se sumó que a inicios de septiembre de 1924, el Senado despachó un proyecto de ley sobre dieta parlamentaria, en tanto que los proyectos de leyes sociales, de mejoras para el Ejército y de reformas constitucionales, estaban pendientes. En estas condiciones, la oficialidad joven concurrió a las sesiones del Congreso, para ejercer presión. Fue de este modo que se despacharon por el Congreso, y se promulgaron por el presidente, una serie de leyes exigidas por estos. Entre ellas, la ley de presupuesto del año 1924 (lo que permitía pagar los sueldos impagos a la fecha), y las leyes sociales que establecían el contrato de trabajo, los sindicatos, el seguro obrero, la conciliación y el arbitraje en materia laboral, etcétera.

Con todo, el presidente Alessandri no fue capaz de controlar el movimiento militar. Así, los ministros militares, generales Altamirano, Bennett y el almirante Neff, le exigieron su renuncia. Alessandri renunció, mas el Congreso no aceptó la renuncia; con todo, sí le otorgaron permiso por seis meses para que saliera del país.

El 10 de septiembre del año 1924, luego de su salida del país, los ministros militares clausuran el Congreso y asumen el poder, convocando a elecciones parlamentarias y presidenciales. Los oficiales jóvenes –incluidos don Carlos Ibáñez del Campo y Marmaduke Grove– desconfían de los generales y almirantes, y de sus vínculos con los líderes políticos anteriores. Por ello, terminan dando un golpe de Estado, exigiendo el regreso de Alessandri para que terminara su período. Este acepta la petición con la condición de que las Fuerzas Armadas vuelvan a sus funciones y se pueda llevar a cabo una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución.

Así fue que el presidente convocó a más de cien personalidades para tratar sobre el tema de la Asamblea Constituyente.

Sin embargo, el presidente manifestó la dificultad de convocar, con los registros electorales que existían, a una Asamblea de este tipo. Fue así como, pocos días después, designó una Gran Comisión Consultiva para analizar este problema.

Esta Comisión fue dividida en dos Subcomisiones. La primera se dedicaría a preparar el proyecto de reforma constitucional y, la segunda, a considerar la manera en que serían aprobadas estas reformas. La Subcomisión de reformas funcionó presidida por el propio Arturo Alessandri, secundado por su ministro de Justicia y uno de los verdaderos autores del texto constitucional, don José Maza Fernández.

Entretanto, la segunda Subcomisión que estudiaría la forma en que se aprobaría esta reforma constitucional, tuvo apenas tres sesiones, en que las posiciones estuvieron muy divididas, y en que no se llegó a acuerdo alguno. Por de pronto, unos querían que las reformas fueran aprobadas por una Asamblea Constituyente de elección popular, otros, por una Asamblea Constituyente de elección o base gremial e incluso, un tercer grupo, deseaba que el proyecto se sometiera a un plebiscito. Al final sería este último el sistema propuesto para aprobar o rechazar la nueva Constitución (en el mes de agosto de 1925).

Ante la proximidad del plebiscito, los partidos políticos, que se sentían totalmente marginados del sistema, llamaron a la abstención en las urnas. El Partido Liberal, en cambio, decidió dar su apoyo a Alessandri. El día del plebiscito solo un 44,9% del electorado concurrió a sufragar, absteniéndose de ello alrededor de 174.000 personas. A pesar de ello, la Constitución fue aprobada con un 95% de los votos (cerca de 128.000 votos) contra 6.000 votos de rechazo. Así, Alessandri vio cumplido su sueño de aprobar un nuevo Código Político, respaldado con una amplia votación.

## VII. LA APROBACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980

### 1. Algunas cuestiones previas

Sabido es por todos que con ocasión de la llegada al poder de las Fuerzas Armadas y de Orden, el 11 de septiembre de 1973, se dio camino a un itinerario que terminó con la vigencia de la Constitución de 1980, y su articulado transitorio.

Sobre las causas mediatas e inmediatas, aparentes y reales del pronunciamiento militar se ha escrito y seguramente se seguirá escribiendo mucho dentro y fuera del país. No podemos por ahora entrar a ellas, porque lo más probable es que caeríamos en la subjetividad, y sería del todo complejo un análisis pormenorizado de los motivos que llevaron a las Fuerzas Armadas en septiembre de 1973 al poder<sup>13</sup>. Por ello es que haremos referencia a ciertos documentos que motivaron el texto constitucional actualmente en vigor.

<sup>13</sup> Mario Verdugo Marinkovic, Emilio Pfeffer Urquiaga y Humberto Nogueira Alcalá, *Derecho constitucional*, Tomo I, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1999, pp. 44 y 45. Un detalle de los diversos Decretos Leyes y de ciertas discusiones en el seno de la llamada “Comisión Ortúzar”, puede verse en las pp. 75 a 108 de esa obra. Lo cierto es que como se

El primer documento jurídico-político de relevancia para el nuevo orden institucional lo constituye la “Declaración de principios de la H. Junta de Gobierno”, de fecha 11 de marzo de 1974. En este se señala que “el Gobierno de Chile respeta la concepción cristiana del hombre y de la sociedad [...] De acuerdo con lo anterior, entendemos al hombre como un ser dotado de espiritualidad. De ahí emana, con verdadero fundamento, la dignidad de la persona humana”<sup>14</sup>. En esta el nuevo gobierno defiende sus ideas rectoras, manifestando tal documento que el gobierno “entiende a la unidad nacional como su objetivo más preciado, y que rechaza toda concepción que suponga y fomente un antagonismo irreductible entre las clases sociales”<sup>15</sup>. Luego, la Declaración expresa que “conforme a la inspiración portaliana que lo guía, el Gobierno de las Fuerzas Armadas y de Orden ejercerá con energía el principio de autoridad, sancionando todo brote de indisciplina y anarquía. Despersonalizará el poder, evitando todo caudillismo”<sup>16</sup>. El texto es claro en señalar que el objetivo del Gobierno de las Fuerzas Armadas y Carabineros será dotar a Chile de una nueva institucionalidad, no surgida de una rectificación del régimen de gobierno existente bajo el amparo de la Constitución de 1925.

A continuación, resulta del todo relevante referirse a las Actas Constitucionales de los años 1975-1976: “Son decretos leyes dictados por la Junta de gobierno en

ha señalado “pocos hechos o procesos históricos producidos en Chile, como el denominado “11 de septiembre” han tenido tal connotación. Así, por una parte, la sede del gobierno, La Moneda, en llamas y, por otra, los discursos incendiarios de los líderes de la combinación política de Unidad Popular, contribuyen a dar esa visión de microscopio. (...) ¿Por qué se produce un hecho, terminal y agudo, que parece tan ajeno a la normalidad propia de Chile? Contribuir a resolver esta interrogante resulta relativamente fácil. Porque, en la realidad, Chile no ha sido nada de ajeno a la anormalidad político-constitucional. Por cierto que no tan intensa como en la situación de la mayoría de los estados de América del Sur, debatidos –en la acertada denominación de Germán Arciniegas– “entre la libertad y el miedo”. Pero es hecho cierto que en el siglo XIX, ya en el período de primera anarquía o de “experimentos de los teóricos” (1823-1830), se encuentran treinta y un cambios de gobierno en solo siete años, a lo que se agregan las revoluciones de 1829, con cuyo desenlace se obtiene la restauración y organización de la República concretadas por el Ministro Portales; de 1851 y de 1859, con que los liberales –oponiéndose al Presidente Manuel Montt– pretendieron derribar tal orden, aun con el costo del caudillismo militar, y también la de 1891, sin duda la más cruenta y tras lo cual se estableció, sin límites, el seudo parlamentarismo. Sin perjuicio de haberse producido, además, diversas otras alteraciones menores que las precedentemente señaladas”. (Sergio Carrasco Delgado, “La crisis político-constitucional del 11 de septiembre de 1973. Antecedentes y consecuencias”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXV, año 2004, pp. 117 y 118).

<sup>14</sup> “Declaración de Principios del Gobierno de Chile”, Editora Nacional Gabriela Mistral, 1974, p. 13.

<sup>15</sup> “Declaración de Principios del Gobierno de Chile”, pp. 21-22.

<sup>16</sup> “Declaración de Principios del Gobierno de Chile”, p. 23.

ejercicio de su Potestad Constituyente, que tratan materias determinadas, con un carácter más orgánico y que tienen la particularidad de modificar expresamente el texto vigente de la Carta del año 25, ya sea derogando capítulos completos de la Constitución o creando una nueva institución, como el consejo de Estado”<sup>17</sup>.

La primera vez que se emplea tal expresión formalmente es en un oficio que dirige la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución al general Julio Canessa respecto de los decretos leyes 573 y 574. Tal documento está fechado el 17 de abril de 1974. Las Actas Constitucionales fueron cuatro: i) Acta Constitucional N°1 (decreto ley 1.319), publicada en el Diario Oficial el 9 de enero de 1976, que creó el Consejo de Estado. Su labor era exclusivamente consultiva, debiendo asesorar al Presidente de la República cuando este así lo solicitara, obrando reservadamente; ii) Acta Constitucional N°2 (decreto ley 1.551), esta acta denominada “Bases de la Institucionalidad Chilena”, fue promulgada el 13 de septiembre de 1976, derogando los cuatro primeros artículos de la Carta de 1925; iii) Acta Constitucional N°3 (decreto ley 1.552), conocida como “De los Derechos y Deberes constitucionales” y fue promulgada el 13 de septiembre de 1976. Por ella son derogados los artículos 10 y 20 de la Constitución de 1925; iv) Finalmente, el Acta Constitucional N°4 (decreto ley 1.553), dedicada a los Regímenes de Emergencia. Esta última debía empezar a regir 180 días después de su publicación, pero condicionaba tal hecho a la promulgación de leyes que nunca vieron la luz. Por tal razón y la antes señalada solo alcanzaron vigencia los artículos 13 y 14<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Mario Verdugo Marinkovic, Emilio Pfeffer Urquiaga y Humberto Nogueira Alcalá, *Derecho Constitucional*, op. cit., p. 58.

<sup>18</sup> Como se ha advertido: “Durante el tiempo en que funcionó la Comisión de Estudio se sucedieron hitos o acontecimientos de la más diversa índole, pero que tuvieron incidencia en el resultado final del trabajo al que se había abocado la Comisión. De entre esos sucesos, conviene recordar aquí algunos de ellos: En primer lugar, el 11 de septiembre de 1975, el Presidente de la República dirigió un discurso, al conmemorarse el segundo aniversario del Gobierno, en el cual señaló: “La Honorable Junta de Gobierno ha acordado dictar, en el ejercicio de su potestad constituyente, y antes de fines del primer semestre del año próximo, tres Actas Constitucionales: La primera, referente a las Bases Fundamentales de la Nueva Institucionalidad; la segunda, sobre Nacionalidad y Ciudadanía; y la tercera, sobre Derechos y garantías constitucionales y Regímenes de Emergencia. En ellos se recogerá así los valiosos trabajos que ha estado desarrollando la Comisión de juristas encargada de preparar un anteproyecto de nueva Constitución Política del Estado”. En segundo lugar, derivado del cronograma político brevemente reseñado y, no hay por qué silenciarlo, instado por una creciente presión internacional, el Gobierno de las Fuerzas Armadas y de Orden decidió no esperar a que la Nueva Constitución se encontrara completamente terminada, sino que resolvió ir dictando y poniendo en vigencia sus distintos capítulos hasta que la labor estuviera completa, aunque, en definitiva, esta fórmula fue abandonada al cabo de la dictación de

## 2. El proceso nomogenético de la Constitución de 1980

El estudio del proceso de formación y aprobación de la Constitución Política de la República, promulgada el 21 de octubre de 1980, puede ser resumido sin explicar en detalle su contenido, a través de los siguientes pasos y documentos.

Lo primero que se hizo fue la designación de una Comisión de Estudio de un Anteproyecto de Nueva Constitución. Su objetivo era la preparación de un anteproyecto de una nueva Constitución, que reemplazara la institucionalidad creada por la Carta de 1925. Esa Comisión discutió el documento denominado *Metas y objetivos fundamentales de la Nueva Constitución*. Sus miembros variaron en el tiempo de momento que renunciaron don Alejandro Silva Bascuñán, Enrique Evans de la Cuadra y Jorge Ovalle Quiroz, siendo reemplazados por Raúl Bertelsen Repetto, Juan de Dios Carmona Peralta y Luz Bulnes Aldunate.

Luego, con fecha 18 de octubre de 1978, se entregó el Anteproyecto de la citada Comisión de estudios, la que tras 417 sesiones de trabajo, cinco años de reuniones periódicas, 12.000 páginas de discusiones y once tomos de recopilación de estas, hace entrega al general Pinochet de un anteproyecto de Constitución y de un informe explicativo del mismo, quien a su vez, hace entrega de este proyecto al Consejo de Estado, el cual entre los meses de enero de 1979 y julio de 1980, efectúa 51 sesiones secretas que dan origen a un Proyecto de Constitución.

El Consejo de Estado, una vez terminada su labor, hace entrega a la Junta de Gobierno de un Proyecto de Constitución más un informe aclarativo, para que esta, en virtud de la función constituyente que detentó, decida el texto final de la que será la Constitución Política de la República.

Por otra parte, se realizaron cambios introducidos por una Comisión especial formada por la Junta de Gobierno, todos ellos anteriores a la convocatoria a plebiscito de ratificación de la Constitución (11 de septiembre de 1980). El 11 de agosto se publicó en el Diario Oficial el Decreto Ley N°3.464 con el texto de la nueva Constitución, poniéndola así a disposición de la ciudadanía para su conocimiento.

cuatro Actas Constitucionales” (Miguel Ángel Fernández González, “Origen, legitimidad y consolidación de la Constitución”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXII, 2001, p. 323).

El día 11 de septiembre de 1980 concurren a las urnas 6.271.868 chilenos mayores de dieciocho años. La Constitución es aprobada con el 67,04%, mientras que el rechazo alcanza el 30,19%. El plebiscito mediante el cual la ciudadanía manifestó su voluntad en orden a ratificar lo obrado por el Poder Constituyente, se consideró ilegítimo, atendido la falta de individualización de los votantes, la ausencia de Registros Electorales, la celebración del acto electoral bajo estado de emergencia y sin posibilidad real de confrontar los planteamientos gubernamentales con los de quienes convocaban a votar en contra de la ratificación, salvo una actividad de marcado carácter simbólico en el teatro Caupolicán, cuyo principal orador fue el expresidente Eduardo Frei Montalva<sup>19</sup>.

Finalmente, el 11 de marzo de 1981 entra en vigencia, aunque de manera parcial, la Constitución promulgada un año antes, ello pues entraría en vigencia íntegramente el 11 de marzo de 1990 al asumir la Presidencia de la República don Patricio Aylwin Azócar e inaugurar sus sesiones el Congreso Nacional.

### VIII. CONCLUSIONES PRELIMINARES

Del sucinto recuento histórico que hemos hecho referencia, podemos esbozar algunas conclusiones:

- a) Por de pronto, buena parte de las constituciones en la historia de Chile fueron aprobadas con procedimientos irregulares, a saber, asambleas reducidas, delegados del poder ejecutivo, vencedores después de conflictos civiles, entre otros casos. Las primeras cartas constitucionales al amparo de la Independencia estuvieron vinculadas férreamente a quien detentaba el poder. El caso del Director Supremo O'Higgins resulta ser del todo paradigmático.
- b) En segundo término, aun en el caso que los orígenes y aprobaciones de los textos constitucionales referidos no fueran por actos de fuerza, sus mecanismos de aprobación distan de una realidad mayoritaria que reflejara a todos los sectores políticos, económicos y sociales del país. No lo fue ni la Carta de 1823, ni la de 1828, ni la de 1833. La Constitución de

<sup>19</sup> Un detalle de las observaciones se encuentra en el trabajo de Miguel Ángel Fernández González, op. cit., pp. 326-328.

1925, reivindicada por algunos como punto de partida para un cambio constitucional en el marco de la actual reflexión<sup>20</sup>, tuvo una escasa adhesión en su aprobación y una férrea oposición de los partidos políticos de aquel entonces, por ser preparada sin su participación<sup>21</sup>.

- c) A su vez, por más difícil que resulte a algunos reconocerlo, cabe notar la influencia de las autoridades militares a lo largo de la historia del país para propiciar modificaciones a los textos constitucionales. En los orígenes de la república, el poder estaba vinculado casi personalmente a Bernardo O'Higgins. Con posterioridad, durante el período llamado “de anarquía” de los años 1820 a 1830, el Ejército contribuyó al finalizar la década con su fuerza a la represión de los movimientos liberales y fue en el marco de la revolución de Lircay que se estatuyeron las ideas

<sup>20</sup> Véase por todos sus trabajos lo esgrimido por Fernando Atria Lemaitre, “Sobre el problema constitucional y el mecanismo idóneo y pertinente”, en Claudio Fuentes y Alfredo Joignant, (editores), *La solución constitucional. Plebiscitos, asambleas, congresos, sorteos y mecanismos híbridos*, Santiago, Catalonia, 2015, especialmente pp. 55-60.

<sup>21</sup> A ello hay que sumar otro tipo de factores, tal como ha sido advertido: “Desde hace algún tiempo se viene sosteniendo en esta tribuna la posibilidad de acudir a la Constitución Política de 1925 como texto supletorio en ausencia de consenso respecto del contenido de la nueva Constitución a cuya discusión hemos sido convocados como país”. El recurso es aparentemente atractivo, pero no repara en los propios defectos que ese texto tenía en relación con la configuración del poder y su ejercicio. Baste por ahora el siguiente ejemplo: Hans Kelsen (1881-1973), reconocido teórico del derecho y de la democracia, escribió sobre dicha Carta Fundamental: “La nueva Constitución chilena es producto de aquel movimiento antiparlamentario que hoy se propaga, también en Europa, por doquier. Por esta razón merece una seria consideración. (...) Como resumen, se podría decir que en la república sudamericana se ha resuelto este problema (el de restringir el poder del Parlamento en beneficio del poder presidencial) en forma relativamente moderada, de modo que se ha evitado, en un bien entendido interés de la nación, salir del régimen parlamentario para caer en el extremo opuesto de una dictadura carente de Parlamento”. Esto no significaba que el régimen presidencialista por el que ahí se optaba (reforzado posteriormente aún más en 1980) no fuese en cierta forma dictatorial: lo era, pero acompañado de un Parlamento que no constituía un contrapeso adecuado. Por eso, la conclusión de Kelsen y lo que previamente había dejado al comienzo de su análisis: “La Constitución incluye una serie de disposiciones que conducen desde ahí (desde la organización de la democracia chilena bajo la forma de una república presidencial) hasta muy cerca de las fronteras de aquella forma que hoy se acostumbra a llamar una dictadura. (...) En la hora actual, la lectura de estas consideraciones nos debe llevar a meditar sobre el hecho de que la preparación de una nueva Constitución exige de un pacto donde converja el cuerpo social que lo elabora y que recoja un sistema de libertades concretas. Esas libertades se conforman a partir del círculo de acción de los derechos de cada persona según sus circunstancias particulares, el que se enmarca dentro de una determinada tradición política vivida y sentida como propia, que da origen al sistema de gobierno que se desea. Es en este último aspecto, el del desarraigo, donde falla la actual Constitución. Pero mirar al pasado como regla de descarte para solucionar el problema puede resultar no solo anacrónico, sino también peligroso”. (Alcalde Silva, Jaime, “Kelsen y la Constitución de 1925”, en “Cartas al Director”, *El Mercurio*, 22 de abril del 2016, disponible en <http://www.elmercurio.com/blogs/2016/04/22/41153/Kelsen-y-la-Constitucion-de-1925.aspx>).

que dieron lugar a la Constitución de 1833, la que en su aplicación tuvo autoridades castrenses a cargo de la primera magistratura de la nación.

- d) Refiriéndonos al ejemplo que más traumas académicos y políticos genera a la vez, esto es, la Constitución de 1980, tuvo un extenso período transitorio de aplicación, con un Gobierno Militar que concentró el poder Ejecutivo y Legislativo, régimen del que todos tenemos memoria, pero del cual han transcurrido ya veintiséis años<sup>22</sup>, por lo que creemos respetuosamente que ya ha transcurrido un tiempo extremadamente razonable para mirar hacia adelante y no seguir reviviendo el pasado, atribuyendo a este parte de los incordios sociales y económicos que vivimos hoy.
- e) En fin, no puede soslayarse que buena parte de las modificaciones constitucionales han venido aparejadas de una constante tensión entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. En efecto, fue la oposición a O'Higgins la que propició modificaciones a los primitivos textos constitucionales, y el conjunto de reformas experimentadas a partir de 1874 fue a resultas del intento parlamentario de frenar el poder presidencial. Por otra parte, fue por un Parlamento en total descrédito que se suscitó la propuesta constitucional de 1925 y el intento de reforzar la autoridad, lo que se reflejó en el “Presidencialismo reforzado” que se predica de la Constitución de 1980<sup>23</sup>. No desconocemos las dificultades

<sup>22</sup> Por ello es que hemos sostenido en otra ocasión que no se justifica una referencia en un capítulo especial a las Fuerzas Armadas como lo encontramos hoy en la Constitución. “Eso puede responder a un resabio de una Constitución que ya tiene que dar señas de mayor pulcritud democrática. Pero, obviamente, habrá que regular la competencia del Presidente de la República para designar a los Comandantes en Jefe, dar una señal explícita de que las Fuerzas Armadas están subordinadas al poder civil y alguna referencia a la función de estas”. (En Lucas Sierra (editor), *Diálogos constitucionales. La academia y la cuestión constitucional en Chile*, Santiago, Ediciones CEP, 2015, p. 291).

<sup>23</sup> Esto ya fue planteado por nosotros en un reciente seminario: “Creo que si se examina la evolución constitucional chilena a partir del texto de 1925, se observará que progresivamente los distintos Presidentes se fueron declarando prisioneros del Congreso. Al término de sus mandatos, especialmente en los discursos que se escuchaban los días 21 de mayo, se quejaban amargamente de que no habían podido cumplir sus compromisos por la oposición u obstrucción parlamentaria. Esa realidad estaba atizada por un pluripartidismo excesivo, consecuencia de un sistema electoral proporcional, lo que explica que todos los Presidentes, como una reacción a ese fenómeno, reclamarán más prerrogativas con la finalidad de imponerse ante un Congreso en el que tenían frágil mayoría en alguna Cámara o simplemente eran minoría. Las reformas de 1943 y de 1970 se inscriben en la línea de fortalecer o vigorizar al Ejecutivo, porque se cree que por esa vía este podrá imponerse sobre el Congreso para que legisle a favor de su programa político. El texto de 1980, compartiendo ese diagnóstico, insiste en esa ingeniería institucional, la diseñada por Alessandri Palma el año 1925 y reforzada en 1943 y 1970. Su objetivo era fortalecer al Presidente justamente para buscar estabilidad,

y cuestionamientos que se dieron en la aprobación de la Constitución de 1980, pero ellos resultan una incómoda realidad constante en la política institucional chilena, y resultan ser pocos<sup>24</sup> quienes formulan reproches a los pretéritos documentos constitucionales, pero sí lo hacen al texto actualmente en vigor.

## IX. ALGUNOS PUNTOS A CONSIDERAR EN LA DISCUSIÓN CONSTITUCIONAL

### 1. El estado actual de las propuestas de modificación constitucional

Como es de público conocimiento, la Presidenta de la República, doña Michelle Bachelet, anunció el pasado 13 de octubre del año 2015 un proceso constituyente que consta de diversas etapas:

La primera consiste en una etapa de educación cívica que culminó hace un par de meses y que tuvo por objeto entregar herramientas para que los chilenos participaran de manera informada.

La segunda, que es la que nos encontramos actualmente, constituye la etapa de “diálogos ciudadanos”, que comenzó en abril y se mantendrá hasta octubre de este año. Los diálogos se organizarán en torno a cabildos locales, provinciales y regionales, donde todos los ciudadanos (incluso personas mayores de catorce años) están llamados a participar.

El resultado de estos diálogos originará un documento denominado *Bases ciudadanas para la nueva Constitución*, que dará forma a un proyecto de ley que S.E. la Presidenta de la República enviará al Congreso durante el año 2017.

gobernabilidad y eficiencia en el sistema político. Por lo tanto, si se quieren recortar poderes presidenciales como una forma de configurar un presidencialismo atenuado, como ha sido sugerido, y de ese modo restablecer una suerte de equilibrio en la relación Ejecutivo-Congreso, en mi opinión debe definirse previamente cuál va a ser el rol y las enmiendas que queremos hacerle al Congreso. Porque reducir el poder presidencial no solo debe tener el propósito de hacer más protagónicos a los diputados y senadores en su rol legislativo e incrementar la dignidad y prestigio de los parlamentarios; junto con ello, debe preservarse la eficacia de la acción gubernamental”. (“Diálogos constitucionales”, op. cit., pp. 353-354).

<sup>24</sup> Reconocemos, especialmente, el crítico análisis de los textos constitucionales y sus orígenes en el trabajo de Verónica Valdivia Ortiz de Zárate, “Estabilidad y constitucionalismo: Las sombras de la excepcionalidad chilena”, en Claudio Fuentes (editor), *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Santiago, Heinrich Böll Stiftung Conosur-ICSO Universidad Diego Portales, 2010, pp. 154 y ss.

En adición a ello, existía también la posibilidad de contestar una encuesta individual por medio de sistemas electrónicos, ingresando la cédula nacional de identidad y una clave, mediante la cual uno podría señalar algunos principios, valores o instituciones que estimara pertinentes que estuvieran en el texto constitucional.

Paralelamente, con el objeto de dar garantías de transparencia, se conformó un Consejo Ciudadano de Observadores (mediante el Decreto Supremo N°36, de fecha 2 de diciembre del 2015), que se encuentra integrado por personas de distintas vertientes políticas para asegurar la independencia del proceso respecto al Gobierno.

Además, el Congreso deberá aprobar una reforma constitucional que permita el establecimiento de una Nueva Constitución. El proceso por etapas es un tema programático de la agenda legislativa del Gobierno.

Terminadas las etapas referidas precedentemente, la idea es que el Congreso que asuma el 2018 –elegido en virtud del nuevo sistema que emana de la Ley N°20.840– tome la decisión sobre el mecanismo constitucional a seguir, con cuatro alternativas: (1) el mismo Congreso, a través de una comisión integrada por diputados y senadores; (2) una Convención constituyente mixta, compuesta por parlamentarios y ciudadanos; (3) una Asamblea Constituyente; y (4) convocar un plebiscito para que los chilenos decidan entre las tres primeras opciones.

Una vez redactada la nueva Constitución según uno de estos mecanismos, la ciudadanía será convocada a lo que se ha llamado un “plebiscito” de ratificación<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Digamos que lo que distingue al “plebiscito” del referéndum es que este es una institución democrática a través de la cual el cuerpo electoral de un país expresa su voluntad respecto a un asunto o decisión que sus representantes constitucionales o legales someten a su consulta. El plebiscito –en cambio– era en perspectiva histórica-jurídica, una resolución adoptada y votada por la clase plebeya durante la República Romana, previa proposición que en las asambleas por tribus formulaban sus tribunos. Actualmente se entiende por tal toda aprobación ciudadana sobre determinado tema.

## 2. El tema no resuelto: ¿para qué cambiar la Constitución?

Sin ánimo alguno de exceder las líneas de este trabajo es indispensable enunciar la inmensa cantidad de reformas que ha experimentado la Carta Constitucional actualmente en vigor<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> Estas son:

1. Ley N°18.825, del 17 de agosto de 1989 con las 54 reformas consensuadas entre el Gobierno Militar y la Comisión Concertación-RN.
2. Ley N°19.055, del 1 de abril de 1991 (conductas terroristas).
3. Ley N°19.097, del 12 de noviembre de 1991, cambios sobre el gobierno y administración regional y provincial y a la administración comunal.
4. Ley N°19.295, del 4 de marzo de 1994, que redujo el mandato presidencial original de ocho a seis años.
5. Ley N°19.519, del 16 de septiembre de 1997, que incorporó el capítulo sobre el Ministerio Público.
6. Ley N°19.526, del 17 de noviembre de 1997, que modificó algunas normas sobre organización y atribuciones de las municipalidades.
7. Ley N°19.541, del 22 de diciembre de 1997, que introdujo cambios en el número y forma de nombramiento de los ministros de la Corte Suprema.
8. Ley N°19.597, del 14 de enero de 1999, que estableció como trámite para la modificación de la ley orgánica constitucional sobre organización y atribuciones de los tribunales, el oír previamente a la Corte Suprema.
9. Ley N°19.611, del 16 de junio de 1999, que modificó los artículos 1 y 19.
10. Ley N°19.634, del 2 de octubre de 1999 (obligación del Estado de promover la educación parvularia).
11. Ley N°19.643, del 5 de noviembre de 1999, que modificó las disposiciones sobre la segunda vuelta presidencial.
12. Ley N°19.671, del 29 de abril del 2000, referida al mecanismo de reforma constitucional.
13. Ley N°19.672, del 28 de abril del 2000, que creó el estatuto de expresidente de la República.
14. Ley N°19.742, del 25 de agosto del 2001, que reemplazó el sistema de censura por uno de calificación cinematográfica.
15. Ley N°19.876, del 22 de mayo del 2003, que estableció la obligatoriedad de la educación secundaria.
16. Ley N°20.050, del 26 de agosto del 2005, la más extensa de las modificaciones constitucionales. (Fin de senadores designados, nuevas competencias al Tribunal Constitucional, consagración del principio de probidad y publicidad, nuevas atribuciones de fiscalización para la Cámara de Diputados, etcétera).
17. Ley N°20.162, del 16 de febrero del 2007, que estableció la obligación del Estado de financiar el segundo nivel de transición en la educación parvularia.
18. Ley N°20.193, del 30 de julio del 2007 (creación de territorios especiales de Isla de Pascua y archipiélago de Juan Fernández).
19. Ley N°20.245, del 10 de enero del 2008, que autorizó la fijación de fechas diferentes para la entrada en vigencia de los sistemas de enjuiciamiento criminal en las diversas regiones del país.
20. Ley N°20.337, del 4 de abril del 2009, que estableció el sufragio como un derecho de los ciudadanos y su inscripción automática en los registros electorales.
21. Ley N°20.346, del 14 de mayo del 2009, sobre asociacionismo municipal.
22. Ley N°20.352, del 30 de mayo del 2009, que autorizó al Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma.

Creemos casi superfluo referirse -en esta ocasión- al contenido de cada una de estas reformas, que es del más variado, y que comprende modificaciones a la parte dogmática, como a la parte orgánica, algunas de mayor densidad jurídica como otras casi simbólicas; otras, en fin, que conjugan ambos elementos.

Con todo, consideramos que hay dos reformas absolutamente paradigmáticas del texto constitucional actual: i) La primera reforma, por su extensión y por ser el inicio del régimen democrático pleno, es la modificación experimentada el año 1989 con la Ley N°18.825<sup>27</sup>; ii) La segunda es la reforma del año 2005,

23. Ley N°20.354, del 12 de junio del 2009, que modificó la fecha de elección del Presidente de la República.
24. Ley N°20.390, del 28 de octubre del 2009, sobre gobierno y administración regional.
25. Ley N°20.414, del 4 de enero del 2010, en materia de transparencia y modernización del Estado.
26. Ley N°20.503, del 27 de abril del 2011 (modificación del artículo 103 en materia de control de armas).
27. Ley N°20.515, del 28 de junio del 2011, que adelantó la fecha de las elecciones presidenciales.
28. Ley N°20.516, del 24 de junio del 2011, que estableció la obligación del Estado de proporcionar asistencia jurídica a personas que hayan sido víctimas de delitos.
29. Ley N°20.573, del 6 de marzo del 2012, que regula en los territorios especiales de Isla de Pascua y del archipiélago de Juan Fernández, derechos a residir y permanecer, entre otros.
30. Ley N°20.644, del 15 de diciembre del 2012, que establece un mecanismo transitorio para la elección de los consejeros regionales.
31. Ley N°20.710, del 11 de diciembre del 2013, que establece la obligatoriedad del segundo nivel de transición escolar.
32. Ley N°20.725, del 15 de febrero del 2014, eliminando de la Constitución el guarismo de 120 diputados.
33. Ley N°20.748, del 3 de mayo del 2014, que regula el ejercicio del sufragio de los ciudadanos que se encuentran fuera del país.
34. Ley N°20.854, del 21 de julio del 2015, que establece la obligación del Presidente del Senado y el Presidente de la Cámara de Diputados de rendir una cuenta pública anual.
35. Ley N°20.860, del 20 de octubre del 2015, que otorga autonomía constitucional al Servicio Electoral.
36. Ley N°20.870, del 16 de noviembre del 2015, que establece nuevas causales de cesación de algunas autoridades por infracción grave a las normas sobre transparencia.

<sup>27</sup> Un recuento sucinto de los más relevantes documentos lo tenemos en el trabajo de Sergio Carrasco Delgado, “La Constitución Política de la República de Chile y sus reformas”, en Zúñiga Urbina, Francisco (editor), *Reformas Constitucionales*, Ed. LexisNexis, 2005, pp. 82 y 83. Para la extensión de toda la negociación política y jurídica, resulta imprescindible tener a la vista a Carlos Andrade Geitiwitz, *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, 1991, *passim*. La Ciencia Política también se ha pronunciado sobre el alcance de esta primera reforma: “Es claro que si el régimen hubiese padecido una derrota más contundente, digamos con el 75% de la votación a favor del No, las cosas habrían sido distintas. En un escenario de esa naturaleza, el régimen militar se habría desmoronado en pocos días, arrasado por el ímpetu reformista. Y, quizás, por una espectacular e incontenible movilización de masas. Pero no fue así. El No ganó con el 54,7% de los votos, pero el Sí captó un 43,01%. Un porcentaje de votación que entraña el apoyo de una fuerte minoría. De este modo, aun cuando la Concertación había galvanizado a una mayoría clara y contundente, tenía enfrente y en actitud antagónica a una importante minoría que sobrepasaba el tercio

en virtud de la Ley N°20.050, que fue catalogada en su momento como “Constitución del 2005” o “Constitución del Bicentenario”<sup>28</sup>.

Queremos llamar la atención en la gran extensión de las mismas, de momento que estas reafirman que la Constitución de 1980 es la Carta Fundamental con más modificaciones en la historia del país, lo que implica su permanente

del electorado nacional. En definitiva, se produjo una situación de equilibrio, en la cual ni los victoriosos eran suficientemente victoriosos, ni los derrotados suficientemente derrotados” (...). “De este modo, con el plebiscito de 1989 quedó sellado el pacto expreso. En la adopción de este pacto hay dos partes, representantes autorizados de las partes contratantes (el gobierno y la oposición) y una serie de actos que formalizaron el pacto. Todos estos actores convergieron hacia un acto soberano último: la decisión plebiscitaria. El efecto inmediato de ese pacto fue la legitimización de la Constitución de 1980. Y, además, el compromiso, mientras no haya quórum modificadorios *adecuados, de preservar y mantener operantes las instituciones de esa Constitución*”. (Óscar Godoy Arcaya, “La Transición chilena a la democracia: Pactada”, *Estudios Públicos*, Revista del Centro de Estudios Públicos, N°74, 1999, pp. 98 y 103, cursivas en el original). Los constitucionalistas también han analizado esta perspectiva; el profesor Humberto Nogueira explica la evolución jurídico-política de Chile entre los años 1976 a 2005, calificando el proceso de 1989 como “el tránsito de una Constitución otorgada a una pactada” (Humberto Nogueira Alcalá, “La evolución político-constitucional de Chile, 1976-2005”, en VV.AA, *La evolución político-constitucional de América del Sur, 1976-2005*, Santiago, Ed. Librotecnia, 2009, pp. 346-347).

<sup>28</sup> José Luis Cea Egaña, “Panorama de la reforma constitucional”, en Zúñiga Urbina, Francisco, *Reforma constitucional*, Santiago, Ed. LexisNexis, 2005, pp. 24 a 26. En este trabajo, el profesor Cea Egaña señaló que resulta aventurado decir si la Constitución será conocida como la correspondiente al plebiscito que la aprobó en 1980 o, por el contrario, si llegará a ser denominada Constitución del 2005, añadiendo que quedaron en su momento inalterados los capítulos cruciales referidos a las Bases de la Institucionalidad y los Derechos y Deberes Constitucionales junto a las garantías, concluyendo que “probablemente, la discusión será zanjada con una fórmula intermedia típica de la vida política chilena, esto es, que el tiempo vaya obrando en las mentalidades, de modo que la Constitución deje de ser conocida con el rótulo de la primera de las dos alternativas extremas mencionadas”. En otro trabajo, el mismo profesor señala que no faltan quienes sostienen que, aun después de las reformas, la Constitución sigue siendo ilegítima en su origen y ejercicio, proponiendo la convocatoria de una asamblea constituyente; para rebatir esa idea invita a pensar que: i) Ya es tiempo de comprender que el constitucionalismo es un proceso cultural y político, por lo que los problemas no se resuelven modificando la letra de dichos textos; ii) También es momento de aceptar que el constitucionalismo es un movimiento del todo acumulativo y progresivo, de momento que lo que Chile es hoy se debe a la experiencia de éxitos y fracasos acumulados en 200 años de vida republicana; iii) Debemos entender que los cambios siguen abiertos y que se harán realidad en la fórmula clave de la democracia, a saber, el compromiso de las fuerzas políticas que practiquen dicha forma de gobierno, con tolerancia, pluralismo y convivencia en paz; iv) Pese a los reparos, la Carta de 1980 ha perdurado por más de veinticinco años, sin poder ser eliminada por otra carta de la que nadie sabe con certeza cuáles serán sus características matrices, “seguramente con base en prefiguraciones ideológicas de inquietante memoria”, y v) Se debe reconocer a la jurisprudencia los ámbitos que le permitan adaptar los textos a las demandas del tiempo, haciendo que evolucionen, evitando de esta guisa el reformismo constante que exacerba el populismo, el personalismo y la inestabilidad política. (José Luis Cea Egaña, “Finalmente, la Constitución fue reformada!”, *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, Santiago, N°14 (dic. 2005), pp. 43-55. Énfasis nuestro.

vocación por adecuarse a los requerimientos políticos, sociales y culturales de los chilenos<sup>29</sup>, no solo son las reformas al texto constitucional, sino que además esta ha sido objeto del mayor número de proyectos de modificaciones<sup>30</sup>.

A su vez, no debe olvidarse que Hispanoamérica no ha estado alejado de las modificaciones constitucionales, o de la redacción de nuevas cartas, o –sinceramente– de rupturas institucionales que dieron lugar a estatutos constitucionales más o menos provisorios. Como se ha consignado con dolorosa precisión<sup>31</sup>, hubo 84 constituciones promulgadas desde los años 1811 a 1860 en España, Portugal e Iberoamérica, en donde los países con mayores textos aprobados fueron Perú con 9, seguido de Bolivia y Ecuador con 7, España ya había tenido 3 constituciones.

Por otra parte, entre los años 1860 a 1920, en los mismos países hubo un total de 63 constituciones. En este período, Venezuela tuvo 9 cartas constitucionales, al igual que República Dominicana; le sigue El Salvador con 7 documentos y Ecuador con 6. Durante este período, solamente Chile y Argentina siguieron con sus códigos políticos del período antes expuesto.

Para concluir esta sideral cantidad, digamos que desde el año 1920 al 2009, en España, Portugal e Iberoamérica, hubo 72 constituciones promulgadas. Venezuela fue el país que promulgó mayor cantidad de cartas fundamentales, con 8, seguida de Bolivia con 7 y sumando 5 se cuentan Brasil, Cuba, Ecuador, Honduras y Portugal.

Las preguntas que surgen de toda lógica con toda la abrumadora experiencia comparada es: ¿vamos a cambiar el texto constitucional para sumarnos a la larga y funesta tradición hispanoamericana de textos volubles sin raigambre ni recepción social? ¿Hay algún mecanismo que garantice que este cambio

<sup>29</sup> “La Constitución en su texto original parecía inmodificable, por lo complejo de su procedimiento de reforma. Después, fueron obstáculos los altos quórum, la influencia decisiva que tenían los senadores no electos, y la falta de consenso sobre las reformas que se proponían. A pesar de todo eso, la Constitución ha sido modificada más que ninguna otra en nuestra historia constitucional. Ello ha obligado a procesos intensos de negociación política y generó demora en su aprobación”. (Carlos Carmona Santander, “Las reformas a la Constitución entre 1980 y 2013”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Vol. Especial, N°74, 2014, p. 80).

<sup>30</sup> Hasta el año 2005, el detalle más completo sobre el origen, contenido, composición y características de los proyectos de reforma constitucional y de modificaciones efectivas al articulado permanente y transitorio de la Carta de 1980 se encuentra en el trabajo de Sergio Carrasco Delgado. “La Constitución Política de la República de Chile y sus reformas”, op. cit., pp. 81-112.

<sup>31</sup> Véase el anexo de Bernardino Bravo Lira, *Constitución y Reconstitución. Historia del Estado en Iberoamérica, 1511-2009*, Santiago, Ed. AbeledoPerrot LegalPublishing, 2010, pp. 324 a 328.

constitucional no traerá aparejado una modificación en cuatro u ocho años más de la misma intensidad? ¿Queremos cambiar la Constitución por –únicamente– modificar la Constitución?

Salvo algunos autores que han manifestado derechamente lo que pretenden de las modificaciones constitucionales<sup>32</sup>, lo que se agradece y sincera el debate, el resto, salvo lugares comunes, ni siquiera ha señalado con precisión qué disposiciones exactamente cambiar, ni menos el porqué de sus pretensiones renovadoras en sede constitucional, salvo su constante incomodidad con ciertos principios y valores constitucionales. Lo anterior no obsta a los esfuerzos destacables de cierta doctrina por analizar críticamente ciertos temas del texto constitucional entendiéndola como Derecho vigente<sup>33</sup>.

Por ello es que coincidimos con el profesor Miguel Ángel Fernández, quien aduce que “tiene que aceptarse –sea completamente o con matices porque es bastante obvio por lo demás–, que las constituciones son, per se, estructuras diseñadas para poner ciertas cuestiones (cuantitativa o cualitativamente significativas) al margen de los vaivenes de la contingencia, conforme a una determinada visión de las personas, la sociedad y el Estado, esto es, fuera del alcance de la mayoría regente, aunque ella posea el derecho a implementar su programa y, en algunos momentos, se considere indefinida”. Luego agrega: “Es cierto que el pecado original (esto es, el origen y la aprobación de la Constitución de 1980), no se extingue, no se sanea ni tiene que olvidarse (por lo que se refuerza la idea de que constituye una debilidad), sobre todo

<sup>32</sup> Véase por todos sus trabajos Francisco Zúñiga Urbina, “Nueva Constitución para Chile. Las “bases” y las nuevas ideas político-constitucionales”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Número Especial 74, 2014, pp. 16 a 40. En otro trabajo, señala que la Constitución actual tiene un saldo deudor, que debe ser asumido por la nueva “Constitución del Bicentenario”, que los trata del siguiente modo: a) Legitimidad de origen. Falso consenso constitucional, realismo político impuesto por la lógica de una transición pactada. b) Apertura del ‘techo ideológico’ de la Constitución que para el constituyente originario es un verdadero “refrito” ideológico autoritario, neoliberal, conservador y corporativista. c) Una nueva Constitución Económica y Constitución Social que descansen en la compatibilidad pública-privada, de Estado y mercado. d) Perfeccionamiento de las decisiones fundantes acerca de la república democrática y del Estado de derecho, para incorporar v.gr. iniciativa popular, recall, referéndum. e) Ampliación del catálogo de derechos, deberes y garantías de la Constitución. (Cfr. “Nueva Constitución del Bicentenario y Operación Constituyente”, *Nomos Revista de Derecho*, Universidad de Viña del Mar, N°3, 2009, pp. 245-246.

<sup>33</sup> Ejemplo palmario de lo anterior constituye el trabajo de Jaime Bassa Mercado, Juan Carlos Ferrada Bórquez y Christian Viera Álvarez (editores), *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, Santiago, LOM Ediciones, 2015, donde se analizan diversos temas de la Constitución, pasando desde la interpretación constitucional hasta analizar el estatuto de las Fuerzas Armadas.

cuento sirve de base, (...), para cuestionarla siempre: tal es, aparentemente, lo que está sucediendo, pues, producida la reforma del 2005, pudo pensarse que quedaba superado el debate orgánico (aunque, en los hechos, también se vuelve, una y otra vez, sobre este aspecto) y se abre el referido a los principios y a los derechos fundamentales que es la madre de todas las batallas –como siempre–, pues lo decisivo son siempre los principios y, en este momento, el de subsidiariedad”<sup>34</sup>.

Ahora bien, si queremos hacer un pequeño recuento de los temas que instan a algunos a modificar el texto constitucional, digamos muy brevemente lo siguiente:

- i. Por de pronto, se ha cuestionado el “exceso techo ideológico” que podría tener el Capítulo I de la Carta Fundamental, y que se deben incorporar otros principios, como el Estado Social y Democrático de Derecho. Creemos en relación al primer punto que en la Constitución actual tienen cabida muchos principios de libertad y sociales y que no hay una imposición ideológica en su articulado; que la Carta Constitucional no sea neutra a la usanza de los estatutos del poder propios del siglo XIX no implica que agobie al operador jurídico con interpretaciones unívocas, máxime cuando en las constituciones hay poco margen para invocar el “tenor literal” a la usanza del Derecho Civil (a excepción, por supuesto, de las normas de la parte orgánica). Respecto al segundo punto, digamos que, como ya se ha planteado<sup>35</sup>, buena parte de estas ideas referidas al Estado Social de Derecho son extraíbles, precisamente, del articulado actual, en especial del artículo 1º.
- ii. A su vez, se ha propugnado ampliar el catálogo de derechos para incorporar nuevas prerrogativas de prestación y otros de diversa generación. Ello puede ser suministrado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y por los fallos de los Tribunales Superiores de Justicia que aplican directamente la Carta Fundamental en los más variados asuntos (como recursos de nulidad en materia penal, acciones de tutela de derechos fundamentales en el ámbito laboral y tributario, acciones de no discriminación, etcétera).

<sup>34</sup> Miguel Ángel Fernández González, “Fortalezas y debilidades de la Constitución”, en José Francisco García García (coordinador), *¿Nueva constitución o reforma? Nuestra propuesta: Evolución Constitucional*, Santiago, Ed. Thomson Reuters, 2013, pp. 7 y 9.

<sup>35</sup> Véase Enzo Solari Allende, “Recepción en Chile del Estado social de derecho”, *Revista Chilena de Derecho*, IUC, Vol. 20, N°2 y 3, 1993, especialmente pp. 336-344.

- iii. Por otra parte, se ventilan sendas críticas a la redacción del llamado “Orden Público Económico” y del Derecho de propiedad en la Constitución y que debieran ampliarse sus limitaciones. Creemos que una práctica jurisprudencial respetuosa del respeto al contenido esencial del derecho y con base a las causales de limitaciones que emanan de la función social del actual texto ya resultan suficientes para orientar el derecho de propiedad a la utilidad de todos, sin erosionarlo.
- iv. Respecto a otros temas como, por ejemplo, el régimen presidencial, las atribuciones del Tribunal Constitucional y el control a los organismos autónomos, ellas pueden ser incorporadas con reformas precisas pero sin alterar la constante histórica que ha tenido el Presidente en la Historia de Chile. Por otra parte, en relación al Tribunal Constitucional, este ha operado con extrema prudencia en el uso de sus atribuciones y con diversos mecanismos de deferencia con los otros órganos constitucionales<sup>36</sup>.

Finalmente, no es ocioso advertir que observaciones serenas se encuentran el día de hoy, en quienes formularon en su momento sendas críticas al origen y aprobación del texto constitucional actual<sup>37</sup>. En efecto, la Constitución de 1980 adoptó una estructura en que se mezcla la tradición constitucional chilena –especialmente las Cartas de 1833 y de 1925– y el importante aporte del neo constitucionalismo que privilegia a la persona como centro de imputación del derecho público, destacando la dignidad como cualidad definitoria de su trascendencia y como fuente de los derechos fundamentales que el Estado no otorga sino solo reconoce, bastando examinar los sucesivos capítulos de la Constitución actual para advertir la sólida estructura dogmática e institucional que la caracteriza que no debiéramos desperdiciar<sup>38</sup>. En otro trabajo, el mismo autor esgrime que “debe descartarse la alternativa de prescindir absolutamente de la Constitución que nos rige. Lo que objetamos es su ilegitimidad de origen y los enclaves autoritarios contenidos en ella que mantienen estancado nuestro desarrollo democrático. Pero no cabe duda de que sería positivo y deseable rescatar de ella los valores que forman parte de nuestra cultura política occidental –la dignidad humana, la libertad, la

<sup>36</sup> Consultese Carlos Carmona Santander, “Autorrestricción en el Tribunal Constitucional Chileno”, *Revista Derecho y Humanidades*, Universidad de Chile, N°19, 2012, especialmente pp. 111-124.

<sup>37</sup> Lautaro Ríos Álvarez, “Razón y fuerza en la Constitución de 1980”, *Revista Chilena de Derecho*, P. Universidad Católica de Chile, Vol.16, N°2, 1989, pp. 325 y ss.

<sup>38</sup> Lautaro Ríos Álvarez, “¿Es necesaria una nueva constitución?”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, N°78, 2013, p. 207.

vocación igualitaria, la justicia, el pluralismo, los derechos fundamentales, la democracia–; los principios que han regido siempre nuestro ordenamiento jurídico-político –la legalidad, la interdicción de toda arbitrariedad, la jerarquía normativa y la supremacía de la Constitución, la participación ciudadana, la seguridad jurídica, la probidad, la publicidad de las normas y de la actividad pública, la responsabilidad y la tutela judicial de los derechos– por mencionar solo los más evidentes; también cabría preservar nuestra valiosa institucionalidad política, como el régimen presidencial, el Congreso Nacional, el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, la Justicia Electoral, la Contraloría General de la República, las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública; sin perjuicio de los ajustes y reformas susceptibles de mejorar su desempeño”<sup>39</sup>.

## CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo, hemos tratado de exponer el origen y medios de aprobación de algunos de los textos constitucionales que estuvieron en Chile. No pretendemos hacer un análisis de todos los temas conexos a la aprobación de los textos en referencia, pero sí advertir –en apretada síntesis– de su origen y mecanismos de aprobación.

Como puede apreciarse, varios de los textos constitucionales surgieron en momentos de organización de la república, o bien de intensos conflictos civiles, lo que se traduce en que sus mecanismos de aprobación no tienen la pureza doctrinal con que actualmente miramos los procesos electorales quienes hemos adscrito toda nuestra vida a la democracia como forma de gobierno.

Evaluar casi con utopía la Carta de 1925 como antecedente fundante para promover “el encuentro” entre los chilenos, en aras a construir un nuevo país, o refundar la república, resulta utópico y de una profunda ignorancia histórica. La misma Constitución de 1925 se tornó absolutamente inoperante en el ámbito de las relaciones entre el poder Ejecutivo y el poder Legislativo, y las reformas que tuvo que aumentaron su literalidad (mas no su contenido), como las de 1970, solo reflejan el normativismo propio del Derecho Constitucional del siglo XX.

<sup>39</sup> Lautaro Ríos Álvarez, “La soberanía, el poder constituyente y una nueva constitución para Chile”, disponible en <http://www.tuconstitucion.cl/file/2015/04/lautaro-rios-soberania-poder-constituyente-nueva-constitucion-chile.pdf>, pp. 26-27.

A su vez, hay suficientes antecedentes que muestran la extensión e intensidad de las reformas que ha tenido la Constitución de 1980. Los sectores políticos han actuado con amplios márgenes de libertad para modificar el articulado de la misma, sin que ello haya implicado un juego en favor de un sector u otro. Por el contrario, muchas reformas constitucionales han surgido de la reflexión serena de los sectores políticos mayoritarios del país; piénsese a modo ejemplar todo lo referido al principio de probidad, publicidad y transparencia, de innegable importancia en una sociedad democrática.

Retroceder jurídica e históricamente, señalando que el modo de aprobación del texto constitucional hace que todo lo realizado bajo su amparo sea tachado de impuro, constituye un dislate si analizamos que buena parte de las normas constitucionales chilenas fueron aprobadas por minorías políticas y económicas, y en caso de no haber sido así, con porcentajes electorales muy menores. No debe olvidarse que las reformas experimentadas por la Constitución de 1925 no tuvieron ratificación ciudadana.

Lo anteriormente señalado no implica menospreciar el valor de las decisiones públicas y mayoritarias, ni menos señalar que porque no se haya hecho antes así, no deba hacerse con dicha aprobación ahora. Pero los cambios constitucionales que implicarían una nueva estructura del Estado, del poder y de los derechos y garantías de las personas, deben darse como un compromiso social para superar crisis institucionales severas y no para manifestar disconformidad con ciertos principios o valores que irradian del texto constitucional vigente. Pues bien, los nuevos textos constitucionales que han surgido en Hispanoamérica se han dado en países donde la fractura social es total, y donde hay necesidad de refundar un nuevo orden. Las constituciones son compromisos políticos y están abiertas a todos los sectores sociales, y entender que la Carta de 1980 es una Constitución de “vencedores sobre vencidos”, solo contribuye a exacerbar los enconos entre quienes somos compatriotas.

Es esta situación fáctica que nos hace llamar la atención sobre la desmedida presión que ejerce una minoría, ya sea en cambiar, modificar, eliminar, destruir o suprimir el texto actual, sin atenerse a la historia patria, a las múltiples modificaciones experimentadas por la Carta Fundamental de 1980, su permanencia en la práctica institucional del país por más de treinta y cinco años, y que quienes la crearon dejaron de gobernar hace veintiséis años, por lo que quedarse anclados en el pasado solo retrasa la unidad y concordia entre los compatriotas.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Alcalde Silva, Jaime, *Kelsen y la Constitución de 1925*, en “Cartas al Director”, *El Mercurio*, 22 de abril del 2016, disponible en <http://www.elmercurio.com/blogs/2016/04/22/41153/Kelsen-y-la-Constitucion-de-1925.aspx>)
- Andrade Geitiwitz, Carlos, *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991.
- Atria Lemaitre, Fernando, “Sobre el problema constitucional y el mecanismo idóneo y pertinente”, en Fuentes Claudio y Joignant, Alfredo (editores), *La solución constitucional. Plebiscitos, asambleas, congresos, sorteos y mecanismos híbridos*, Santiago, Editorial Catalonia, 2015.
- Bassa Mercado, Jaime, Juan Carlos Ferrada Bórquez y Christian Viera Álvarez (editores), *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, Santiago, LOM Ediciones, 2015.
- Brahm García, Enrique, *Propiedad sin libertad: Chile 1925-1973: aspectos relevantes en el avance de la legislación socializadora*, Santiago, Editorial Universidad de los Andes, 1999.
- Bravo Lira, Bernardino, *Constitución y Reconstitución. Historia del Estado en Iberoamérica, 1511-2009*, Ed. AbeledoPerrot Legal Publishing, 2010.
- Bravo Lira, Bernardino, “La Constitución de 1833”, *Revista Chilena de Derecho PUC*, Vol. 10, N°2, 1983.
- Campos Harriet, Fernando, *Historia Constitucional de Chile*. Séptima Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- Carmona Santander, Carlos, “Las reformas a la Constitución entre 1980 y 2013”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Vol. Especial, N°74, 2014.
- Carmona Santander, Carlos, “Autorrestricción en el Tribunal Constitucional Chileno”, *Revista Derecho y Humanidades*, Universidad de Chile, N°19, 2012.
- Carrasco Delgado, Sergio, “La Constitución Política de la República de Chile y sus reformas”, en Francisco Zúñiga Urbina (editor), *Reformas Constitucionales*, Santiago, Ed. LexisNexis, 2005.
- Carrasco Delgado, Sergio, “La crisis político-constitucional del 11 de septiembre de 1973. Antecedentes y consecuencias”, *Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXV, 2004.
- Carrasco Delgado, Sergio, *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1980.
- Cea Egaña, José Luis, “Panorama de la reforma constitucional”, en Francisco Zúñiga Urbina, *Reforma constitucional*, Santiago Ed. LexisNexis, 2005.

- Cea Egaña, José Luis, “¡Finalmente, la Constitución fue reformada!”, *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, Santiago, N°14, dic. 2005.
- Cristi Becker, Renato, *La República en Chile. Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano*, Santiago, LOM Ediciones, 2008.
- Edwards Vives, Alberto, *La Fronda Aristocrática* (novena edición), Santiago, Editorial Universitaria, 1984.
- Fernández González, Miguel Ángel, “Fortalezas y debilidades de la Constitución”, en José Francisco García García (coordinador), *¿Nueva constitución o reforma? Nuestra propuesta: Evolución Constitucional*, Santiago, Ed. Thomson Reuters, 2013.
- Fernández González, Miguel Ángel, “Origen, legitimidad y consolidación de la Constitución”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXII, 2001.
- García García, José Francisco (coordinador), *¿Nueva constitución o reforma? Nuestra propuesta: Evolución Constitucional*, Santiago, Ed. Thomson Reuters, 2013.
- Godoy Arcaya, Óscar, “La transición chilena a la democracia pactada”, *Estudios Públicos*, N°74, 1999.
- Heise González, Julio, *Historia Constitucional de Chile*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1950.
- Navarro Beltrán, Enrique, “Reformas a la Constitución chilena”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Número Especial 74, 2014.
- Nogueira Alcalá, Humberto, “La evolución político-constitucional de Chile, 1976-2005”, en VV.AA, *La evolución político-constitucional de América del Sur, 1976-2005*, Santiago, Ed. Librotecnia, 2009.
- Ríos Álvarez, Lautaro, *La soberanía, el poder constituyente y una nueva constitución para Chile*. Disponible en: <http://www.tuconstitucion.cl/documentos/2015>
- Ríos Álvarez, Lautaro, “¿Es necesaria una nueva constitución?”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, N°78, 2013.
- Ríos Álvarez, Lautaro, “Razón y fuerza en la Constitución de 1980”, *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol.16, N°2, 1989.
- Ruiz-Tagle Vial, Pablo y Renato Cristi Becker, *La República en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*, Santiago, LOM Ediciones, 2008.
- Sierra Iribarren, Lucas (editor), *Diálogos constitucionales. La academia y la cuestión constitucional en Chile*, Santiago, Ediciones CEP, 2015.
- Solari Allende, Enzo, “Recepción en Chile del Estado social de derecho”, *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 20 N°2 y 3, 1993.

Valdivia Ortiz De Zárate, Verónica, “Estabilidad y constitucionalismo: Las sombras de la excepcionalidad chilena”, en Claudio Fuentes (editor), *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Santiago, Heinrich Böll Stiftung Conosur-ICSO Universidad Diego Portales, 2010.

Verdugo Marinkovic, Mario, Emilio Pfeffer Urquiaga y Humberto Nogueira Alcalá, *Derecho Constitucional*, Tomo I (segunda edición), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999.

Zúñiga Urbina, Francisco, “Nueva Constitución para Chile. Las ‘bases’ y las nuevas ideas político-constitucionales”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Número Especial 74, 2014.

Zúñiga Urbina, Francisco, *Nueva constitución y momento constitucional: visiones, antecedentes y debates*, Santiago, Editorial LegalPublishing, 2014.

Zúñiga Urbina, Francisco, “Nueva Constitución del Bicentenario y Operación Constituyente”, *Nomos. Revista de Derecho*, Universidad de Viña del Mar, N°3, 2009, pp. 245-246.

“Declaración de Principios del Gobierno de Chile”, Santiago, Editora Nacional Gabriela Mistral, 1974.

## Bibliografía normativa

Ley N°18.825, del 17 de agosto de 1989 con las 54 reformas consensuadas entre el Gobierno Militar y la Comisión Concertación-RN

Ley N°19.055, del 1 de abril de 1991 (conductas terroristas)

Ley N°19.097, del 12 de noviembre de 1991, cambios sobre el gobierno y administración regional y provincial y a la administración comunal

Ley N°19.295, del 4 de marzo de 1994, que redujo el mandato presidencial original de ocho a seis años

Ley N°19.519, del 16 de septiembre de 1997, que incorporó el capítulo sobre el Ministerio Público

Ley N°19.526, del 17 de noviembre de 1997

Ley N°19.541, del 22 de diciembre de 1997

Ley N°19.597, del 14 de enero de 1999

Ley N°19.611, del 16 de junio de 1999

Ley N°19.634, del 2 de octubre de 1999

Ley N°19.643, del 5 de noviembre de 1999

Ley N°19.671, del 29 de abril del 2000

- Ley N°19.672, del 28 de abril del 2000  
Ley N°19.742, del 25 de agosto del 2001  
Ley N°19.876, del 22 de mayo del 2003  
Ley N°20.050, del 26 de agosto del 2005  
Ley N°20.162, del 16 de febrero del 2007  
Ley N°20.193, del 30 de julio del 2007  
Ley N°20.245, del 10 de enero del 2008  
Ley N°20.337, del 4 de abril del 2009  
Ley N°20.346, del 14 de mayo del 2009  
Ley N°20.352, del 30 de mayo del 2009  
Ley N°20.354, del 12 de junio del 2009  
Ley N°20.390, del 28 de octubre del 2009  
Ley N°20.414, del 4 de enero del 2010  
Ley N°20.503, del 27 de abril del 2011  
Ley N°20.515, del 28 de junio del 2011  
Ley N°20.516, del 24 de junio del 2011  
Ley N°20.573, del 6 de marzo del 2012  
Ley N°20.644, del 15 de diciembre del 2012  
Ley N°20.710, del 11 de diciembre del 2013  
Ley N°20.725, del 15 de febrero del 2014  
Ley N°20.748, del 3 de mayo del 2014  
Ley N°20.854, del 21 de julio del 2015  
Ley N°20.860, del 20 de octubre del 2015  
Ley N°20.870, del 16 de noviembre del 2015  
Constitución de 1818  
Constitución de 1823  
Constitución de 1828  
Constitución de 1833  
Constitución de 1925

# PROCESO CONSTITUYENTE PROPUESTO POR EL GOBIERNO DE LA PRESIDENTA MICHELLE BACHELET: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL Y CONTINGENTE

## CONSTITUENT PROCESS PROPOSED BY THE GOVERNMENT OF PRESIDENT MICHELLE BACHELET: CONSTITUTIONAL AND CONTINGENT ANALYSIS

ALBERTO NAUDON DEL RÍO<sup>1</sup>  
MANUEL JOSÉ NAVARRETE JARA<sup>2</sup>

**Resumen:** El artículo analiza el proceso constitucional iniciado en Chile y sus riesgos. La Constitución tiene importancia en la estabilidad económica. Existe un desconocimiento de las materias que podrían ser objeto de reformas.

**Abstract:** The article analyzes the constitutional process initiated in Chile and its risks. The Constitution is important in economic stability. There is a lack of knowledge of the subjects that could be reformed.

**Palabras clave:** Proceso constituyente. Sistema económico. Reformas constitucionales.

**Key words:** Constituent process. Economic system. Constitutional reforms.

<sup>1</sup> Profesor Derecho Político y Derecho Constitucional Universidad Finis Terrae.

<sup>2</sup> Profesor Derecho Constitucional Universidad Central.

El Ejecutivo les ha propuesto a los chilenos un Proceso Constituyente, destinado a formular una Nueva Constitución Política para el país. Se desecha así el camino de una reforma al actual texto constitucional que modifique los tópicos que requieren adecuarse a los tiempos que corren, pero manteniendo las disposiciones constitucionales que actualmente regulan situaciones sociales, económicas y políticas.

El Proceso Constituyente comenzó con una etapa centrada en la formación ciudadana, que pretendió entregar herramientas para que “todos y todas podamos conversar sobre la nueva Constitución que queremos, compartiendo los mismo conceptos”.

A continuación, tuvieron lugar los llamados “diálogos ciudadanos”, que incluyeron una serie de cabildos provinciales y regionales, de los cuales surgirán las “Bases Ciudadanas para la Nueva Constitución”, que orientarán a la presidenta al momento de dar forma al proyecto de nueva Carta Fundamental. En esta etapa nos encontramos hoy<sup>3</sup>.

Aunque el mecanismo planteado por el Ejecutivo pareciera incentivar la participación ciudadana, en la práctica no fue así: de acuerdo a cifras oficiales, el número de participantes no sobrepasó las 150.000 personas, lo que representa apenas un 1,5% del cuerpo electoral. En ese escenario, es razonable tener dudas respecto del grado de representatividad de las bases ciudadanas que respaldarán el proyecto que finalmente envíe el Ejecutivo, porque es muy probable que dichas bases terminen siendo la expresión de una minoría ideologizada.

El listado de inquietudes respecto del Proceso Constituyente no termina ahí. A lo anterior, se suma el que los chilenos desconozcamos del todo el texto constitucional al que aspira el Ejecutivo, así como su sentido y alcance. Esto nos impide tener un marco de referencia respecto de hacia dónde se nos está invitando a transitar, en un camino que terminará imponiendo enfoques al resto del ordenamiento jurídico, enmarcando la acción del Estado y de sus órganos, y estableciendo los derechos de las personas.

Hasta ahora solo hemos conocido proposiciones de carácter formal, que no dejan al descubierto cuál es el modelo de sociedad que se propondrá; ni cuál será la injerencia del Estado en la vida económica del país; o cómo quedarán asegurados los derechos de las personas; o el límite de la soberanía respecto

<sup>3</sup> Noviembre 2016.

de eventuales modificaciones de sus derechos esenciales, entre muchas otras importantísimas materias.

## UNA DECISIÓN A CIEGAS Y CON FINES ELECTORALES

Haciendo caso omiso de la importancia y necesidad de poder analizar textos concretos, la propuesta oficial se ha limitado a proponer como primera etapa de avance una reforma al Capítulo XV de la Constitución. Esta busca legalizar el reemplazo total de nuestra Carta Fundamental, decisión que quedará en manos del actual Congreso, que requiere para ello de la aprobación de dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio.

Al actual Congreso también le corresponderá aprobar una propuesta de cuatro mecanismos constituyentes –propuestos por la actual Administración–, respecto de los cuales los próximos parlamentarios (2018-2022) deberán optar para establecer el nuevo texto constitucional:

- a) El mismo Congreso, en una comisión compuesta por un grupo de senadores y diputados;
- b) Una Convención Constituyente Mixta, que incluya a parlamentarios y ciudadanos;
- c) Una Asamblea Constituyente, conformada por un grupo de personas elegidas específicamente para elaborar una Nueva Constitución; o
- d) Llamar a un plebiscito, donde chilenos y chilenas elijan entre las tres opciones anteriores.

Llama la atención que en el cronograma constituyente no esté contemplada ninguna instancia en que el Gobierno deba dar a conocer a la ciudadanía el texto constitucional al que aspira, dejando a los legisladores actuales y futuros en una situación de total ignorancia al momento de tomar decisiones trascendentales.

Así las cosas, es urgente plantearse si es conveniente para el país pedirle al actual Congreso que habilite el reemplazo total de la Carta Fundamental, sin tener la menor claridad respecto de los fundamentos del proyecto que enviará el Gobierno. Así como si resulta positivo que el próximo Congreso inicie su actividad como constituyente derivado, con las manos atadas a las alternativas que hereda.

La respuesta a ambas inquietudes es que pareciera inadecuado que tanto la Cámara de Diputados como el Senado –actuales y futuros– sean cercenados en sus atribuciones, al impedírseles recibir y analizar una propuesta constitucional concreta. En un régimen de normalidad institucional como el que Chile disfruta actualmente, nada justifica que el Ejecutivo impida a otro poder del Estado ejercer a plenitud sus atribuciones de constituyente derivado.

La única explicación para ello es que el Gobierno perciba que en la actual distribución de fuerzas políticas no tiene el apoyo suficiente para reemplazar la actual Carta Fundamental, y tenga la esperanza de que la nueva legislatura le resulte más afín.

Teniendo presente el cronograma que hemos venido comentando, la mayor responsabilidad recae en el actual Congreso Nacional, pues es dicha instancia la única que puede frenar o dar paso a un proceso constituyente como el que enfrentaría el país a partir del 2018, cuyas incógnitas son demasiado amplias. La responsabilidad política recomienda que no se dé paso a la posible sustitución de la actual Constitución por un nuevo y completo texto, sin tener pleno conocimiento de los valores y principios que lo inspirarán.

El asunto no es menor, sobre todo porque el debate sobre el proceso de reforma que autorice o deniegue la posibilidad de modificar el Capítulo XV de la Constitución, se llevará a cabo en un año de elecciones presidenciales y parlamentarias, lo que naturalmente teñirá el análisis de aristas políticas y de intereses partidistas de corto alcance.

Una Constitución Política debe ser adecuada y eficiente para dirigir el gobierno y la administración de un país. Por ello, debe tener una capacidad normativa que le permita adaptarse a las cambiantes necesidades sociales, lo que en general opera convenientemente por la vía de su reforma y no necesariamente por la vía de su desmantelamiento, que es lo que la actual Administración propone.

Por ello, frente a la propuesta del Gobierno, conviene tener presente que la actual Constitución Política no contempla ni de cerca una inamovilidad de las normas. Todo lo contrario, ha demostrado ampliamente su capacidad de adaptación, con sus más de treinta y seis leyes de reforma, que han significado cambios sustantivos a sus disposiciones. Cabe mencionar en este punto dos grandes modernizaciones: la de 1989 y la del 2005.

## CONSTITUCIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO

Es importante tener en cuenta que bajo la actual Carta Fundamental el país se ha desarrollado más que bajo cualquier otro régimen constitucional. Ello obliga necesariamente a actuar con objetividad y no inspirados por intereses electorales o cuestiones ideológicas. Porque una cosa es pretender adecuaciones significativas –muchas veces necesarias– y otra muy distinta es el desmantelamiento total del cuerpo constitucional.

No se puede ignorar que la tasa promedio de crecimiento del PIB per cápita bajo la Constitución de 1925 fue de 1,5% anual, en tanto que con la de 1980 alcanzó un 3,1%. Por su parte, la inversión representó un 14,4% del PIB entre 1940 y 1979, contra un 20,9% promedio en el período 1980-2010.

En lo relativo a inflación, durante la vigencia de la Carta de 1925, esta promedió un 52,9% anual, mientras que bajo la Constitución de 1980 obtuvo un promedio de 11,3% anual, con registros que se han ubicado en torno al 3% durante los últimos años.

### Indicadores Macroeconómicos (%)<sup>4</sup>

	Inflación	Crecimiento per cápita	Inversión/PIB*
1925 – 79	52.9	1.5	14.4
1980 -2010	11.3	3.1	20.9

\*datos comienzan en 1940

Desde una perspectiva internacional, el PIB per cápita de Chile equivalía al 29% del PIB per cápita de Estados Unidos en 1951, situación que empeoró en los siguientes treinta años, llegando al 24,8% en 1980. Durante la vigencia de la Constitución de 1980, en tanto, esta proporción ha aumentado, llegando a representar en el 2014 un 41,3%.

En cuanto al grado de apertura del país, medido como la importancia del comercio internacional (exportaciones más importaciones) en relación al PIB, hay que hacer notar que este indicador cayó durante la vigencia de la Carta Fundamental de 1925, pasando de un 46,4% el citado año a un 30,9% en 1980. La situación se revirtió durante la vigencia de la actual Constitución Política, llegando a un 74,9%.

La mayor actividad económica y de fomento a la empresa bajo la Constitución de 1980 ha redundado en un claro mejoramiento de la condición de vida de los chilenos, permitiendo, por ejemplo, que nuestro país tenga hoy niveles de esperanza de vida similares a los de los países integrantes de la OCDE.

**Indicadores Macroeconómicos II (%)<sup>5</sup>**

	PIB relativo a EEUU	Comercio / PIB
1925	29***	46.4
1980	24.8	30.9
2010	41.3****	74.9

\*\* Datos de 1940

\*\*\* Datos de 1951

## LO QUE EL PAÍS TIENE DERECHO A SABER

El país tiene derecho a conocer con claridad y certeza qué es lo que se busca, en definitiva, con el reemplazo constitucional propuesto. Por ello es que resulta inaceptable que, con el pretexto de ciertas razones formales, se impida a los chilenos un conocimiento acabado de los objetivos que persigue la nueva Constitución.

En primer lugar, es necesario conocer con claridad qué se piensa sobre las Bases de la Institucionalidad, consagradas actualmente en el Capítulo I de la Constitución. ¿El gobierno de la presidenta Bachelet quiere suprimirlas o, por el contrario, busca introducir algún grado de diferenciación en ello?

Respecto de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, no hay claridad respecto de si se busca suprimirla o si el cambio solo supone precisar el concepto de familia para dar cabida a otras formas de su organización.

Respecto del reconocimiento de los grupos intermedios y la protección de los mismos en el cumplimiento de sus fines específicos, qué piensa el Ejecutivo. Nadie lo sabe y las opiniones del conglomerado político que respalda al Gobierno son muy dispares al respecto. Lo mismo en materia de derechos consagrados en el artículo 19: ¿se quiere suprimir algunos de ellos o se trata de agregar otros nuevos?

El mismo grado de incertidumbre se observa en lo orgánico, donde –entre otros– es esencial conocer las modificaciones que se pretende realizar al Tribunal Constitucional, pues no es lo mismo suprimir el órgano o cercenar fuertemente sus atribuciones hasta dejar su funcionamiento como una cuestión superficial; que perfeccionar, por ejemplo, su forma de integración o modificar alguna de sus actuales facultades.

Las interrogantes son muchas. Sigamos con el Banco Central, respecto del cual no se sabe si se le quiere mantener como un organismo autónomo o transformarlo en un ente dependiente de algún ministerio.

¿Y en cuanto al régimen político qué es lo pretendido? ¿Se sabe si la idea es marchar hacia un régimen semi-parlamentario o mantener el actual sistema presidencial más o menos reforzado?

La misma cosa en lo relativo a los pueblos originarios y al grado de independencia que resulte oportuno establecer: cuál es la posición.

## EL VERDADERO DEBATE

La pregunta de fondo, por lo mismo, es si es realmente necesario tener una Nueva Constitución Política o si lo que corresponde es avanzar en un acuerdo constitucional que reforme aquellos temas que la situación social, cultural y económica del país requiere.

En nuestra opinión, la idea de dotar a Chile de una Nueva Constitución Política constituye más bien una consigna política y no responde a una necesidad real. Lo que se debe hacer, a nuestro juicio, es concordar en un proyecto serio de reforma a partir de los planteamientos concretos que se presenten al debate, sometidos al conocimiento del Congreso Nacional y a su posterior ratificación plebiscitaria.

Entre otras cosas, pensamos que sería interesante un análisis sobre cómo lograr una mejor especificación del concepto de Estado subsidiario, a fin de dar cabida a la construcción de una sociedad más justa y solidaria, pero sin reducir la esfera de libertad de las personas.

Desde esa perspectiva, la discusión sobre el estatuto constitucional de la propiedad también es una materia en la que se puede avanzar, pero teniendo siempre presente que una adecuada normativa al respecto es elemento esencial

para garantizar el desarrollo y mejoramiento de las condiciones de vida de los chilenos. Dada su relevancia, el dominio sobre las aguas y los minerales es un tema que debe ser analizado alejado a todo discurso ideológico-partidista.

Por otra parte, no se puede ignorar que la Carta Fundamental de 1980 contiene innumerables aportes no factibles de soslayar y que, a través de una enriquecedora jurisprudencia en sede de inaplicabilidad, nulidad de derecho público o recursos de protección, le han proporcionado un valor adicional, renovándola con el paso de los años y ajustándola a la realidad que los nuevos tiempos exigen a nuestros país.

El texto político contiene institutos que a nadie pueden dejar indiferente. Normas cuyo sustrato filosófico –como lo sostendría Philip Jessup– suponen principios y valores en los que descansa toda sociedad democrática de esta parte del mundo.

Y es en este orden de cosas que aparece en primer lugar la adhesión que el Constituyente de 1980 efectúa a la concepción humanista de la sociedad, en cuya base se sitúa el reconocimiento a la dignidad de la persona humana, conforme a la cual se proclama que todos –sin distinción ni diferencias– nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Derechos que, en una típica interpretación *ius naturalista*, son innatos a la naturaleza humana –le pertenecen por el solo hecho de ser tal–, no taxativos, además de anteriores, superiores y preexistentes al Estado.

Desde esa perspectiva, adquiere todo su valor el inciso segundo del artículo 5º que, junto con fijar un límite claro y preciso al ejercicio de la Soberanía Nacional, abre una variedad de instrumentos que pueden reconocer derechos fundamentales como lo constituye el propio Código Político; Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes; e incluso derechos que sin estar recogidos en los mecanismos señalados, se pruebe por el recurrente que están siendo amenazados, perturbados o privados.

Otro tanto ocurre con el Principio de Subsidiariedad, pieza matriz de nuestro engranaje social, que en una primera faceta reconoce y ampara a cada uno de los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad, garantizándoles su adecuada autonomía para cumplir sus fines propios y específicos, erigiendo a la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

Y en una segunda faceta reconoce en favor del Estado ámbitos de intervención que les son propios, demarcando, por una parte, su servicialidad para con la persona humana y su finalidad que es promover el bien común. Y, por otra parte, su deber de resguardar la seguridad nacional, de dar protección a la población y a la familia; propender al fortalecimiento de esta; promover la integración armónica de todos los sectores de la nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Tampoco parece viable descartar el reconocimiento generalizado que el Constituyente de 1980 efectúa de los derechos individuales en un completo artículo 19. En esto último, un claro ejemplo está dado por el derecho a desarrollar toda clase de actividades económicas, auténtico motor del principio de subsidiariedad, que se vuelve amplio en su ejercicio para la persona humana y solo limitado por la moral, el orden público o la seguridad nacional; y restringido para el Estado con una doble exigencia de ser autorizado en su eventual actividad empresarial por ley de quórum calificado y sometido a la misma normativa aplicable a los particulares salvo, obviamente, las excepciones que la ley establezca.

Importante también resulta saber si siguiendo la misma línea señalada este derecho se mantendrá con las garantías del recurso de protección y del amparo económico, conforme a la jurisprudencia más asentada del máximo Tribunal de la República.

De la misma manera, no se podría excluir la importancia de consagrar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, derecho de naturaleza mixta y de la tercera generación que, al consagrarlo la Constitución Política de 1980, se transforma en un texto pionero a nivel comparado. Lo que, por lo demás, no fue pacífico en el delineamiento de su fisonomía al interior de la Comisión Ortúzar, cuyos miembros transitaron desde considerarlo como un “tema [que] no tenía jerarquía constitucional”, pasando por una “preocupación preferente del Estado”, hasta constituirse en una cuestión que debía tratarse junto con el resto de las garantías y derechos individuales. Derecho que sería incluido entre los cautelables vía recurso de protección, por medio de una fórmula en un principio restringida (“Acto arbitrario e ilegal”), para quedar luego de las reformas del año 2005 en una hipótesis procesalmente razonable (“Acto u omisión ilegal”).

Lo dicho hasta aquí, entre otros, constituyen normas, principios y derechos sobre los que cuesta advertir reformas o cambios que los afecten con determinada entidad.

## ¿Lo que Chile necesita?

El panorama del debate actual pareciera ir en la línea de constitucionalizar un robustecimiento de los derechos sociales y de implementar mecanismos que, a la par de reconocer una diversidad inherente a cada sociedad moderna, se hagan cargo, por ejemplo, de la especificidad étnica que distingue a países como Chile y, finalmente, de introducir normas que desahoguen la decisión soberana acudiendo a herramientas de consulta popular.

En cuanto al robustecimiento de los derechos sociales, la idea puede ser ampliar lo que hoy plantea la Constitución a objeto que fortaleciendo políticas públicas implementadas con eficiencia corrijan deficiencias, como deber moral de toda democracia. Una Constitución puede avanzar mucho en este campo de ideas.

Sin embargo, debe dejarse claramente establecido que no se garantizará su tutela vía acciones jurisdiccionales, sino cuando su otorgamiento esté claramente respaldado con recursos públicos necesarios. De no ser así, se creará un sentimiento de frustración y se abrirá un espacio altamente inconveniente y peligroso de activismo judicial. Por lo mismo, esta directriz debiera quedar explicitada en el artículo 20 de la Constitución Política.

Las consultas populares, referéndums o plebiscitos representan un modo adecuado de acentuar lo que el texto constitucional ya declara: que la soberanía reside esencialmente en la nación y que su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que la Constitución establece. ¿Acaso en determinadas circunstancias perfectamente delimitadas no sería factible dirimir una decisión a través de la opinión ciudadana, dejando así en claro que las autoridades son tan solo agentes transitorios del poder?

Por lo expresado, reconocer aportes que la Constitución Política en vigencia ha generado, compatibilizándolo con todo aquello que resulta legítimo exigir de un nuevo texto, no resulta incompatible, en especial si se destaca que cada norma obedece a los tiempos en que se implementa.

En lo que respecta a la Constitución vigente, nos parece que ella ha mantenido permanentemente una relación armónica con la realidad política-social de cada tiempo en que ha regido, por lo que su resultado normativo debiere objetivamente ser considerado como positivo. No puede olvidarse que la vida institucional del país ha transcurrido pacíficamente durante estos

últimos veinticinco años y aun en aquellos acontecimientos aislados que puedan considerarse como alteración a la convivencia nacional, las normas constitucionales también fueron capaces de mantener el sistema institucional a salvo.

Obvio resulta comprender que las sociedades no son entes estáticos y, por lo mismo, se requieren adecuaciones permanentes a la Norma Constitucional que las rige; y la Constitución Política de 1980, como se ha dicho, ha sido consecuente con la idea de recoger las nuevas condiciones sociales.

Buen ejemplo de ello han sido, entre otros, la modificación referida al garante de la institucionalidad, llevándolo desde la obligación impuesta a las Fuerzas Armadas a los órganos del Estado; o la supresión del sistema binominal; o el término de la inamovilidad de los Comandantes en Jefe; o la incorporación del nuevo texto del artículo octavo introduciendo con disposición especial lo relativo a publicidad y probidad. Dado lo anterior, se puede afirmar con propiedad que el actual texto constitucional ha contribuido a afianzar nuestro régimen democrático.

Hoy el país tiene la oportunidad de buscar un nuevo acuerdo entre las diferentes fuerzas políticas democráticas, que nos permita lograr una tercera importante reforma a nuestra Carta Fundamental. Esa es la obligación de la actual Cámara de Diputados y del Senado, impidiendo que el Proceso Constituyente propuesto por el Ejecutivo permita vía la modificación del capítulo XV, la abolición de la actual Carta Fundamental, sin tener ninguna claridad de lo que se propone en su reemplazo.



## COMENTARIOS SOBRE EL PROCESO DE DEBATE CONSTITUCIONAL

## COMMENTS OF THE CONSTITUTIONAL DEBATE PROCESS

GASTÓN GÓMEZ BERNALES<sup>1</sup>

**Resumen:** El artículo analiza el proceso de debate constitucional en Chile y su evolución. Se indican observaciones al proceso constituyente. Igualmente, se analiza la importancia del texto constitucional.

**Abstract:** The article analyzes the process of constitutional debate in Chile and its evolution. Observations are given to the constituent process. Likewise, the importance of the constitutional text is analyzed.

**Palabras clave:** Proceso constituyente. Evolución histórica. Nueva Constitución.

**Key words:** Constituent process. Historical evolution. New Constitution.

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile.

El gobierno se ha propuesto dotar al país de una nueva Constitución, estando vigente y en plena aplicación la actual. Se trata de materializar una propuesta contenida en el programa de gobierno de la alianza política que lo sustenta. Como era de esperarse, los anuncios de gobierno han levantado voces en todo sentido y el debate sobre la viabilidad jurídica y política de la propuesta se ha tomado, durante meses, las primeras planas de los medios de comunicación. Para realizar esta propuesta, el gobierno informó, complementariamente, que llevaría a cabo un proceso de debate ciudadano, de modo que los asistentes señalen cuál sería el contenido de una nueva Constitución y luego utilizar estas nociones en el proyecto que se propondrá al Congreso. Si bien ha habido altas dosis de ambigüedad en la propuesta gubernamental, la persistencia en su impulso nos obliga, antes que nada, a su descripción.

## EL PROCESO DE DEBATE CONSTITUCIONAL IMPULSADO POR EL GOBIERNO

Para impulsar su idea de nueva Constitución y del proceso para alcanzar ese propósito, la autoridad ha descrito una metodología y cronograma (y obtuvo recursos públicos en la ley de presupuestos para ello), en sucesivas etapas temporales.

La primera etapa, la definió como de “educación cívica” y consistió en difundir en la población un lenguaje común que facilite a los ciudadanos “conversar” constitucionalmente. La idea parece haber sido que un proceso deliberativo constitucional requiere como presupuesto que los participantes, al menos, entiendan lo mismo cuando usan determinadas ideas, conceptos o expresiones políticas, como Estado, nación, pueblo u otras semejantes. Fruto de esta idea, fue la difusión entre los ciudadanos, no exenta de bromas, del “Constitucionario” (mezcla de constitución y diccionario), donde se definían esas expresiones con lenguaje coloquial y ejemplos tomados de una granja agrícola, más una campaña de difusión a través de medios de comunicación social y redes sociales de un conjunto de definiciones institucionales y políticas básicas, y algunos carteles instalados en espacios públicos. Se ha generado un cierto debate (véanse audios del Consejo de Observadores) acerca de cuán efectiva fueron estas campañas y sobre cómo medir la eficacia y la genuina incidencia de este despliegue informativo. Con todo, si el objetivo de esta etapa ha sido difundir el proceso de debate constitucional y crear un lenguaje común habilitante, sus resultados, según el Consejo Ciudadano

de Observadores (del que formo parte), han sido más bien tímidos. Si bien, como dije, es difícil medir este despliegue, la población no parece tener conocimientos mayores acerca del debate constitucional y sus contenidos, y mucho menos, domina un “lenguaje común” que permita llevar a cabo los siguientes pasos, según el propósito propuesto. No deja de ser clínicamente interesante que, con todo lo que sabemos acerca de la pluralidad de medios de comunicación y la distancia que los mensajes políticos difundidos por los gobiernos provocan en la población, se intente en una sociedad plural que los ciudadanos queden luego de una modesta campaña de difusión pública provistos de herramientas conceptuales –ideas– y de un lenguaje común para entender y tener opinión sobre las instituciones y cambios constitucionales que el país requiere. Y que los habilite, además, para iniciar diálogos fructíferos con los copartícipes a partir de esas experiencias comunes. Pasando por alto el detalle relativo a la neutralidad con que un lenguaje sobre el Estado y la política pudiera difundirse, lo que es más que dudoso. En efecto, tener ideas y difundirlas acerca de cómo entender o conceptualizar el Estado, la nación, una Constitución u otra idea política semejante, no es neutro y se vinculan estrechamente con las grandes teorías y reflexiones que sobre la política existen, y esto es relevante para lo que se difunde.

La segunda etapa del cronograma comenzó a mediados de abril del 2016 y consiste en la participación ciudadana. En ella, los ciudadanos debatieron los contenidos de una nueva Constitución: qué es lo que ella, a juicio de los participantes, debe contener. Puesto que la participación no puede producirse sin una metodología que lo haga posible, el gobierno difundió a través de sus páginas públicas un procedimiento y forma de llevar a cabo estos procesos de debate y diálogo ciudadanos. Según la metodología que el gobierno le dio a estos encuentros participativos, en ellos se debía debatir en base a cuatro grandes tópicos, esto es, qué valores, derechos, deberes e instituciones debe contener una Constitución surgida en democracia. Por su parte, la participación se organizó en varias plataformas distintas: una plataforma de acceso individual, los denominados encuentros locales auto convocados, y cabildos provinciales y regionales. Una breve explicación acerca de cómo operaban estas plataformas podría ayudar a entender la extensión de esta metodología participativa.

La plataforma computacional era de acceso individual y permitía a quien ingresara elegir una serie de opciones sustantivas de derechos, instituciones, deberes y valores que se desplegaban ante él, pudiendo registrar además los fundamentos de sus opciones (hubo 90.800 de estas participaciones).

Luego, cronológicamente, esto es, concluido el período dentro del cual podían los ciudadanos registrar sus opciones en una plataforma computacional, los interesados podían dentro de un plazo inscribir en una plataforma del gobierno un encuentro local auto convocado. Agendado el encuentro y el impulsor responsable, se llevaba a cabo en un lugar privado con los asistentes previamente convenidos de impulsarlo. Los ciudadanos podrían –y lo hicieron– organizarse y convocar a conocidos, amigos u otros a una reunión presencial donde siguiendo una pauta previamente elaborada por el gobierno debían optar por los siete derechos, instituciones, deberes y valores que les parecían imprescindibles en una Constitución y luego redactar un acta donde se consignaban todas las opciones y los fundamentos por los cuales se optaba, según una pauta de acuerdo parcial, acuerdo total o desacuerdo entre los asistentes. Toda la evidencia disponible permite asegurar que hubo serias dificultades entre los asistentes para entender cuándo había un acuerdo parcial o cuándo este era total, porque esas definiciones eran muy engorrosas. Esta etapa fue todo un éxito, si entendemos por tal, la celebración de más de 9.000 encuentros locales auto convocados y la sensación extendida entre los participantes de estar ante una actividad republicana seria. Aun cuando el gobierno en privado cifraba una cantidad de entre dos mil y tres mil encuentros para considerar exitoso el proceso de participación, en realidad concurrieron cerca de 140.000 personas divididos en más de 9.000 encuentros y hubo, además, 70 actas de cabildos. La actividad se cerraba con la transcripción del acta del encuentro a una plataforma computacional, donde se consignaron las opciones provenientes de todo el país, que hoy es de acceso público. Una vez concluidas y sistematizadas las opciones mayoritarias de los encuentros locales, a través de un informe elaborado por un grupo de especialistas en ordenar y agrupar esta información, se llevaban a cabo los denominados cabildos provinciales (se efectuaron cincuenta y tres de estos en cada una de las provincias). En estos cabildos, se desplegó una metodología muy similar a la de los encuentros auto convocados, agrupándose a los asistentes en no más de treinta personas, formándose tantos grupos como personas llegaran hasta el lugar o establecimiento (normalmente educacional) previamente difundido. Todos los asistentes, en consecuencia, eran dispuestos en reuniones a la redonda con sillas de hasta treinta personas por grupo, donde el debate y la conversación se centró, conforme la pauta difundida por el gobierno, en aprobar los siete derechos, instituciones, valores y deberes más votados en los encuentros locales, y elegir, luego, otras siete opciones entre los asistentes al cabildo provincial. La etapa de participación se cierra con cabildos regionales (uno por región), en los que se aprobarían los siete más votados de los cabildos

provinciales (van catorce) y se escogerían a su vez otras siete opciones; los asistentes de estos últimos cabildos se organizarían para debatir del mismo modo que en los cabildos provinciales y encuentros locales. Los resultados numéricos de esta participación estimulada por el gobierno no dejan de ser interesantes sobre todo a nivel de encuentros locales, donde asistieron de manera relativamente espontánea un número significativo de personas que se juntaron durante aproximadamente cuatro o cinco horas para dialogar sobre instituciones constitucionales y luego redactar un acta que expresara estos acuerdos.

El proceso de debate constitucional que el gobierno se propuso, concluye con la redacción de las llamadas bases constitucionales para una Constitución surgida en democracia, documento donde se sistematizarán todas estas etapas (cuantificación descriptiva), resumiendo los fundamentos que han tenido los asistentes a este proceso para tomar las opciones adoptadas y que consignaron en las sucesivas etapas y actas. Por último, el Consejo de observadores redactará un informe respecto de dicho contenido, esto es, sobre las ideas más fuertes que surgen de este proceso. Todo este proceso participativo no es vinculante para el gobierno y el Congreso –no podría jurídicamente serlo– si no “incidente”.

Por último, según ha señalado el gobierno –con los insumos anteriores– preparará dos proyectos que la presidenta enviará al Congreso; el primero, una propuesta de nueva Constitución y, el segundo, un procedimiento formal para que la Constitución se debata y apruebe: la reforma del capítulo de reforma de la actual Constitución. En esta última, la presidenta ha adelantado que propondrá tres alternativas al Congreso, quien decidirá: convocar a una asamblea constituyente, una convención constitucional (por definirse), y que se discuta el proyecto en el procedimiento de reforma de la actual Constitución. Todo ello respetando el quórum de reforma del actual Capítulo XVI de la Carta: dos tercios de los senadores y diputados en ejercicio (imagino que se respetará el resto del procedimiento, no hay otra alternativa en un Estado de derecho).

Más allá del éxito –o no– de los encuentros locales y la participación ciudadana en este proceso, la pregunta de fondo es si las opciones y percepciones que se plasmaron durante este proceso, permiten dotar de contenido una eventual futura Constitución. Es verdad que en nuestra historia republicana no se registran procesos tan amplios de debate público, aunque este haya sido dirigido y coordinado por el gobierno. También es verdad que los llamados encuentros locales auto convocados provocaron un interesante fenómeno

de asistencia y diálogo, que generará estudios académicos. Y también es verdad que los asistentes concurrieron con gran sentido público, mal que mal debían destinar cinco a seis horas de un fin semana para ello. Pero no puede obviarse el hecho de que aun a pesar de que una Constitución supone optar por determinados valores o principios, deberes, instituciones y derechos, el nudo central de las cartas constitucionales estriba en los tipos de controles que los órganos tienen entre sí, en la modelación de las relaciones entre derechos y políticas públicas, en el papel de la ley para intervenir –o no– los derechos fundamentales, en la supremacía formal del texto respecto de las actividad del legislador (la rigidez de la Constitución) y otras materias igualmente complejas, sin las cuales un texto constitucional no se entiende. Y sobre todo esto, como es obvio, nada se debatió.

## OBSERVACIONES AL PROCESO IMPULSADO POR EL GOBIERNO

Como se ve, el gobierno se ha propuesto elaborar una “nueva” Constitución, estando en vigor y plena aplicación el actual texto y su incipiente práctica constitucional. La justificación –si cabe hablar así– que inspira esta política es que existe un “problema constitucional” cuya evidencia palmaria sería el descontento profundo con el orden actual, que la ciudadanía expresa en mala evaluación de sus autoridades e instituciones políticas, protestas públicas y abstención electoral. El diagnóstico acerca del problema constitucional (sobre el cual no hay acuerdo), se profundiza ya que la Constitución actual, aunque reformada sucesivamente para adecuarla a estándares constitucionales y democráticos generalmente aceptados, tendría un déficit originario derivado de su gestación por el régimen militar, que la priva de legitimidad para encauzar cualquier salida a las tensiones. En respuesta a este problema, el gobierno ha puesto en marcha el proceso de debate constitucional que hemos descrito, el que le abonará ideas para proponer al Parlamento un mecanismo de discusión y aprobación de la futura Carta y una proposición sustantiva de “nueva” Constitución. Es una política bien particular, pues inevitablemente cuestiona la totalidad de las reglas con arreglo a las cuales gobierna.

La política descrita, como se advierte, no procura impulsar un proceso constituyente llamémosle inevitable. Este tipo de procesos acontecen –son una verdadera exigencia– en esos momento en los que los pueblos se ven enfrentados al desaparecimiento del orden constitucional que ha regido

hasta ese momento, lo que acontece corrientemente debido a muchas y variadas causas. En algunos países, el derrumbe o colapso va de la mano de una desobediencia civil exitosa que concluye el orden formal existente, como le sucedió a la Constitución de 1833 en 1925. Pero también estos procesos inevitables surgen luego de un conflicto social profundo como una guerra civil, situación que aconteció con la Carta de 1833, luego de la guerra civil del 30. En estos momentos de colapso o desobediencia, el proceso constituyente (y en ocasiones la sola Constitución) procura un punto de legitimidad capaz de circunscribir u orientar el ejercicio de la fuerza y encauzar la vida social. Pero también hay una razón más profunda para apelar a estos procesos o las constituciones, ya que a estas alturas del desarrollo del Estado moderno parece ser un hecho que en las sociedades actuales la Constitución –cuálquiera que sea el nombre que adopte– es un instrumento técnico inevitable dada la existencia de ordenamientos jurídicos jerarquizados, funciones y atribuciones legislativas, ejecutivas y judiciales, y sociedades plurales complejas. Como es evidente, entonces, la política de nueva Constitución no se inserta en un proceso social inevitable sino es parte del regateo propio de la política diaria, inserta en un orden constitucional extensamente acatado, aunque con una práctica constitucional incipiente.

En síntesis, el gobierno se propone –y lo está impulsando– un proceso constituyente bastante inédito en las experiencias históricas chilenas y comparadas: que surja o se apruebe un nuevo texto de Carta constitucional pero desde el orden constitucional en aplicación y sin que dicho orden sea el punto de validez de la nueva Constitución. Aspecto que, como se sabe, Alf Ross cuestionó analíticamente en un famoso trabajo, hoy ineludible en el tema para el caso nuestro. ¿Es esto posible? Nada nos hace pensar que sea imposible, pero la historia contemporánea es esquiva a la tesis que anima a la autoridad: las constituciones “nuevas” han surgido, por lo general, luego de crisis que derrumban (por muchas razones) el orden constitucional; se trata, en esas situaciones, de encontrar un punto común de legitimidad para superarla y encauzar la vida colectiva. Los casos comparados en América Latina en los que se pone en marcha un proceso tipo asamblea constituyente dentro de un orden en pleno acatamiento saltándose el procedimiento previsto en la Carta vigente no son destacados ni concluyentes (como el caso colombiano). No hay muchos ejemplos de países que bajo un orden constitucional que la gente practica y acata regularmente se instale desde el gobierno –y con el poder del Estado– un momento constitucional que legitime una nueva Constitución, convocando a modalidades de aprobación como la asamblea constituyente. Las experiencias conocidas en América Latina inversas son,

en cambio, desoladoras: casos conocidos en los que –de revés– estas políticas convergen provocando una crisis o procesos constitucionales manipulados a favor de caudillos ocasionales que buscan “su” orden político. Los casos están a la vista y no son dignos de ser seguidos. Ello grafica la dificultad de lo que se propone el gobierno: introducir una nueva Constitución desde el orden constitucional y político vigente sin caer en la construcción de “su” orden político.

Los argumentos para impulsar estos cambios no son concluyentes.

El argumento de la falta de legitimidad de la Carta para impulsar este proceso constituyente, padece de serios defectos en el caso chileno. Según esta idea –como se recordará–, la Constitución de 1980 es ilegítima desde su origen, ya que su procedimiento de elaboración o de redacción y su posterior aprobación son rechazables, desde el punto de vista de la participación plural y de las condiciones democráticas de gestación. Dicha Constitución fue redactada por los leales al régimen militar en medio de la guerra fría, animada en contra de un sector político y social bien definido, partiendo de la idea de que eran antipatriotas y que debían ser proscritos del orden político que se creía, ahí, se forjaba a hierro. Surgieron ideas que luego se plasmaron en la Carta de 1980, como los senadores designados, el famoso artículo octavo, la graphé paranomon, los super quórum de leyes y reforma constitucional, un consejo de seguridad nacional militar dotado de enormes poderes ambiguos, etcétera. Si su elaboración es objetable, el plebiscito mediante el cual fue aprobada la Carta lo es más aún, ya que no hubo registros electorales, tribunal electoral imparcial, libertades políticas amplias (todas) y se levantó el estado de sitio solo para votar. Todas estas objeciones son correctas. Aún más, es muy posible que quienes lo idearon así estaban perfectamente claros de lo que estaban haciendo y de cómo se apartaban de cualquier tradición democrática constitucional aceptada. Incluso, es posible que lo hayan llevado a cabo maliciosamente justamente por lo que ha terminado sucediendo: las fuerzas políticas fueron abriéndose espacio y cambiando las instituciones constitucionales originales desde dentro, en lo que ha terminado siendo una Constitución verdaderamente pactada entre la coalición de gobierno y la de oposición. La interrogante sobre la falta de legitimidad de origen, con todo, es discutible, pues afirma que debemos deshacernos de la Carta del 2016, porque la de 1980 no fue aprobada conforme procedimiento democrático mínimamente aceptable (en lo que estoy de acuerdo). Todo lo cual desconoce treinta años de cambios constitucionales profundos que permiten concluir que la Constitución vigente en el 2016 nada tiene que ver con la originaria

de 1980; de hecho, dicha Carta nunca entró a regir, sino más bien lo hizo el régimen excepcional de las normas transitorias de ella. ¿Debemos negar toda la evolución constitucional chilena, desde la transición en 1989? No parece un punto de partida muy sólido. Ni mucho menos un punto de llegada: ¿cómo hacemos para ordenar a todos los poderes públicos y a la ciudadanía que deje de acatar la Constitución? ¿Dictamos un decreto? La cuestión de la legitimidad de origen no agrega ni un ápice a la cuestión de fondo: la Constitución ha mudado su naturaleza y contenido de tal manera que de la Constitución de 1980 –originaria– casi no queda nada (salvo el presidencialismo reforzado) y su acatamiento ciudadano y de los poderes públicos es extenso. De hecho, el gobierno ha impulsado un conjunto de cambios fundamentales en materia de educación, tributación, laborales, modificación del sistema electoral, a partir de las reglas que la Constitución define.

A lo anterior se agrega un rasgo asombroso en esto de impulsar una nueva Constitución a raíz de que la Constitución es originariamente ilegítima. Si la Constitución es ilegítima desde su origen, todo el proceso constitucional que impulsa el gobierno (así como todas las reformas desde 1989 en adelante) también lo es. Y el envío al Parlamento de un proyecto de ley para que este defina un procedimiento de deliberación constitucional y decida una Constitución nueva sencillamente es incomprensible, desde el punto de vista de este argumento. Nada legítimo saldría de todo ello, como habrían sido ilegítimas también las reformas de 1989 y 2005.

Existe un argumento que un grupo respetable de profesores han dado en esto de la legitimidad de origen, el que vale la pena sopesar exhaustivamente (sus cultores más importantes son Mario Verdugo M. y Alejandro Silva Bascuñán). En síntesis, el argumento es que la Constitución genuina que entró en vigencia en Chile es la que está a la base de la transición política que encabezó Aylwin con una altísima aprobación ciudadana, y cuyas cincuenta y cuatro reformas le cambiaron el rostro. El plebiscito de 1989 legitimó la Carta en su conjunto al introducirle cambios fundamentales y constituyó el punto de partida para una gran cantidad de modificaciones que concluyeron en el 2005. Si la legitimidad de origen tiene algún peso serio, este no es un argumento que pueda desecharse fácilmente, porque ese plebiscito de 1989 sí se llevó a cabo con garantías democráticas, aunque es cierto que la sombra del régimen todavía estaba presente, lo que resulta inevitable en aquellos sistemas transicionales donde ningún sector se impone decisivamente sobre el otro.

## ¿UNA CONSTITUCIÓN NUEVA?

Si, descriptivamente, una Constitución define cuáles son los poderes públicos que se dará un país, sus atribuciones y funciones, y los derechos fundamentales que se respetarán en ese orden político, entonces, una “nueva” Constitución implicaría redefinir o repensar las bases de ese orden político. Un objetivo de esa naturaleza, en consecuencia, supone determinar quiénes se encontrarán legitimados para autoritativamente imponer qué reglas debemos obedecer y cuáles –de haberlos– serán los límites a que se someterá ese poder, esto es, qué libertad e igualdad social y política tendrán las personas o aquello a lo que podrán legítimamente aspirar del orden político y social. Se trataría de poner en marcha un proceso constituyente que incuestionablemente provoca interés y preocupación. Hay muchas interrogantes que surgen de un objetivo tan ambicioso; por lo pronto, ¿su proceso se hace dentro del marco institucional que contempla la Constitución vigente (básicamente, el capítulo XV de la Constitución) o se inventa una nueva fórmula tipo asamblea constituyente, que no se recoge en el actual orden? Además, ¿qué convierte o permite que califiquemos a una Constitución de “nueva”? Será acaso la forma en que se gesta o, por el contrario, su contenido. ¿Son estas materias separables?

Esta última interrogante –cuándo una Constitución es nueva– está recargada de simbolismo. Dejando de lado que lo “nuevo” o lo “viejo” son palabras retóricas inapropiadas para juzgar una buena o mala Carta Fundamental, para algunos defensores del proceso constituyente, una nueva Constitución implica que la ciudadanía adopte o tome las decisiones políticas fundamentales sobre la forma de esa unidad política: tipo de Estado, de gobierno, el conjunto de los derechos de las personas y otros aspectos de igual importancia y centrales para la sociedad. Y estas decisiones solo podrían ser consecuencia de la ciudadanía organizada como poder constituyente originario a través de una asamblea constituyente, la que en un acto “decide” sobre estas materias. La similitud de este enfoque con la teoría del poder constituyente de Carl Schmidt es fuerte –no creo que sus autores desconozcan esta estrecha vinculación– y las reflexiones críticas que se le han dirigido también pueden hacérsele a este enfoque que se basa en su pensamiento. La idea parece ser que el Parlamento actual al ser fruto del sistema electoral binominal carece de legitimidad para abocarse a redactar una nueva Constitución; requerimos entonces de un mecanismo que sea democrático y ese papel lo cumpliría una asamblea constituyente. Para Schmidt, agreguemos, además, que el poder de reforma de la Constitución no está investido de la facultad de decidir sobre

la Constitución en un solo acto (es decir, de las decisiones fundamentales), porque ello le está reservado a quien ejerce el poder soberano y constituyente. Si entendemos de este modo al poder constituyente y la Constitución, el propósito del gobierno está ante un callejón sin salida: por una parte, si los cambios a la Constitución son promulgados directa o indirectamente conforme la Constitución vigente no estaremos frente a una nueva Constitución, manteniéndose el déficit de legitimidad de origen de la Carta, el que teñiría todas sus reformas o cambios posteriores desde 1990 (y que es, a juicio de ellos, la causa del malestar social y político) y dañaría el actual proceso; por la otra, si, en cambio, intenta convocar a una asamblea constituyente sin apego a la validez constitucional y legal vigente, entonces pierde legitimidad actual, se aparta del derecho, con secuelas difícilmente previsibles. Sería la creación de un hecho al margen del derecho como fundamento del nuevo orden. Pero ya sabemos –por Rousseau– que la fuerza jamás se convierte en derecho si la obediencia no es un deber. Toda una encrucijada.

El asunto así planteado contiene debilidades cruciales. En los hechos, el supuesto problema –que una nueva Constitución equivale al ejercicio del poder constituyente originario, única manera de promulgar una nueva Constitución– es circular. Y lo es, puesto que si definimos que el poder constituyente originario es el único que puede adoptar decisiones sobre la forma de la unidad política (una nueva Constitución) es impecablemente lógico que una Constitución que es consecuencia del procedimiento formal de reforma y previsto en la carta vigente jamás será una nueva Constitución. Pero la premisa inicial del razonamiento no ha sido probada, esto es, que el poder constituyente originario es el único que puede adoptar decisiones políticas fundamentales y, por lo mismo, redactar una nueva Constitución y que esto coincide con una asamblea constituyente. Pero aceptemos por un instante el desafío. ¿Será este enfoque una teoría consistente con los procesos constituyentes desarrollados en Chile y en el extranjero, esto es, se trata de un conjunto de ideas que explican correctamente lo que es la experiencia constitucional chilena y comparada? En la historia de Chile, no hay experiencias con asambleas constituyentes (S. Correa, 2016) que nos aconsejen cómo actuar, y no parece sensato creer, entonces, que no hemos tenido una república constitucional en doscientos años de vida independiente. De hecho, generaciones de chilenos han creído que vivían bajo la vigencia de un texto que cumplía las mismas funciones que una Constitución, aunque sus aprobaciones fueron como pudieron ser. La reflexión existente sobre los procesos de elaboración de las constituciones chilenas de más duración permite concluir que la participación se ha dado de diversas maneras (todas

bastante “elitistas”) y ello no ha impedido que las constituciones muten, cambien o se adopten con los tiempos, cualquiera que haya sido su origen, gestación o si ha intervenido o no una asamblea constituyente. La Constitución de 1833 fue redactada y aprobada por personalidades de la época como reforma de la Carta de 1828, para lo cual, se usó el procedimiento de revisión que consagraba la Carta que reformaba a través de una “Gran Convención”, la que según su texto se reuniría en 1836 a ajustar la Carta. Después de la derrota militar de Lircay, los vencedores dictaron en 1831 una ley que para efectos de revisar la Constitución estaban en 1836. La de 1925 fue también presentada como reforma a la de 1833 –y sus reformas–, pero fue redactada por representantes de los partidos y cercanos al presidente Alessandri, al margen del procedimiento previsto en la Carta, cuando el Congreso estaba cerrado, siendo aprobada mediante un plebiscito en el que la abstención fue mayoría. La Constitución vigente actual es fruto del acuerdo entre los partidos y el gobierno de Pinochet en 1989, que se expresó en un plebiscito ampliamente aprobado por la ciudadanía para introducirle cincuenta y una reformas que posibilitaron un gobierno de transición encabezado por el expresidente Aylwin, constituyendo el punto de origen de la Carta, según el enfoque que vimos. Nada muy distinto de lo que ha sido en nuestra historia institucional.

La experiencia comparada también tiende a refutar diversos aspectos del “problema” constitucional chileno. Es bastante claro que la legitimidad democrática de origen de los textos más respetados del constitucionalismo contemporáneo fueron elaborados desde y para situaciones especiales, al punto que se puede afirmar que los pueblos y países hallan vías a veces intrincadas y complejas para arribar a un orden constitucional que respetar, ya que al parecer se alcanza el acuerdo constitucional que se puede alcanzar y sobre muchas cosas se produce lo que C. Schmitt llamó la postergación racional de la decisión fundamental. En este sentido, Ginsburg probó que los ordenamientos constitucionales actuales han surgido desde congresos o parlamentos, asambleas constituyentes o gobiernos dictatoriales. Sobre esto hay bastante acuerdo en los que han trabajado el derecho comparado. Al punto de que si aplicáramos estándares exigentes para juzgar los procesos genético-constitucionales nos sorprenderíamos de que la Constitución de Alemania y de Japón son fruto de manera importante de las fuerzas militares de ocupación. O más grave aún, la Constitución de más larga aplicación en la historia contemporánea (la de USA) es fruto de un grupo de notables reunidos en Filadelfia, compuesto por hombres, agricultores o comerciantes que poseían un orden de valores que les permitió mantener la esclavitud.

Hoy nos parecería un grupo de gente inaceptable para redactar una nueva Constitución. La clave del éxito de estos modelos constitucionales estriba, más bien, en un correcto balance de poderes y controles y una definición de derechos centrales (pocos), compatibles con amplios espacios para la política y la democracia y no en el purismo originario. No deja de tener razón Fontaine al llamar la atención sobre la verdadera imposibilidad en que nos encontramos de averiguar qué hace que una Constitución sea vista como legítima por un pueblo.

## NO DA LO MISMO CUALQUIER CONSTITUCIÓN

De modo que –aunque nos pese– no hay evidencia comparada ni chilena concluyente de que una Constitución democrática, libertaria y republicana surja, necesariamente, desde una democracia ni menos desde una asamblea constituyente. Ni tampoco tenemos certeza de que una Constitución surgida desde un proceso democrático y participativo tenga asegurada la legitimidad y acatamiento por el solo hecho de que haya sido aprobada con participación deliberativa ciudadana. Desde la teoría constitucional, existen voces serias que subrayan que la existencia de un procedimiento, en sí mismo legítimo, no asegura que el resultado de ese debate sea justo ni acertado. Los procesos constitucionales no son como el juego del póquer, en el que cualquier resultado –un ganador– es correcto y justo, a condición de que quien gane respete las reglas performativas del juego. Los procesos constituyentes son complejos y mezclan variados aspectos, mucha veces poco heterodoxos y nada ideológicos. Por ello, al constitucionalismo contemporáneo no le es indiferente al tipo de Constitución que resulte de estos procesos, ni las materias que protege, los equilibrios institucionales que diseña y ni las esferas de libertad e igualdad que resguarda. Con todo, hay suficiente evidencia seria, eso sí, de que las constituciones exitosas de los últimos años son aquellas en las que confluyen dos grandes principios (cuyo diseño específico depende de la cultura, tradiciones, ideales, etcétera, de sus ciudadanos); el primero de ellos, el reconocimiento y garantía de un conjunto de derechos de los individuos que configuran espacios definidos previamente de autonomía y autodeterminación, los que las autoridades no pueden invadir; y el segundo, que las decisiones relevantes de la vida pública y sus autoridades se adoptan o eligen conforme la regla de la mayoría, de acuerdo a un orden institucional que asegura participación y estabilidad. Una adecuada configuración de ambos principios a la realidad política y social es lo que hace una diferencia

considerable. No cualquier contenido constitucional, entonces, satisface estos principios centrales.

En la propuesta en la que el gobierno está embarcado –según vimos–, el punto de inflexión y de acatamiento con el orden constitucional vigente es que será el Congreso, elegido conforme la actual Constitución, el que, por los dos tercios de sus integrantes, deberá resolver qué mecanismo escogerá de los señalados (en definitiva, qué hacer con todo este proyecto, la reforma del procedimiento de reforma y el proyecto de nueva Constitución). La idea anterior reposa en la creencia de que el Congreso es constitucionalmente soberano para decidir qué hacer con todo este proyecto, esto es, con la reforma al procedimiento constitucional de reforma y con el proyecto de nueva Constitución que la presidenta proponga. Supongo que debemos estar agradecidos de que el gobierno no se deje seducir por resquicios y ensoñaciones.

## REFLEXIONES ACERCA DEL PROCESO CONSTITUYENTE EN CURSO

## REFLECTIONS ON THE ONGOING CONSTITUENT PROCESS

MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ<sup>1</sup>

**Resumen:** El autor evalúa el proceso propuesto por la Presidenta de la República el 13 de octubre del 2015 para elaborar tanto el proyecto de entrada como el que modificará el procedimiento de reforma constitucional, así como la proposición de Nueva Carta Fundamental que presentará al final de su mandato.

**Abstract:** The author evaluates proposed by the President of the Republic on October 13<sup>th</sup>, 2015 to develop both the project as input to modify the procedure for constitutional reform process and proposing New Constitution to be presented at the end of its mandate.

**Palabras clave:** Nueva Constitución. Reforma Constitucional. Proceso Constituyente.

**Key words:** New Constitution. Constitutional Reform. Constitutional Process.

<sup>1</sup> Abogado. Doctor en Derecho. Magíster en Derecho Público por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Magíster en Investigación Jurídica por la Universidad de los Andes. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Chile y en la Universidad de los Andes. Director del Programa de Magíster en Derecho, LLM, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Es abogado integrante, en calidad de titular, del Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia. Secretario de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Email: mafernandez@cfmv.cl

## I. INTRODUCCIÓN

Agradezco al profesor Enrique Navarro Beltrán por su invitación a participar en este volumen especial de la *Revista de Derecho* de la Universidad Finis Terrae, dedicado a la reforma constitucional y al inicio del proceso constituyente.

Considero oportuno compartir algunas ideas<sup>2</sup> acerca del proceso informado por la Presidenta de la República el 13 de octubre del 2015, donde dio cuenta del itinerario que propone para arribar a la dictación de una *Nueva Constitución*, sobre la base que serán tres las reformas constitucionales que se presentarán a tramitación parlamentaria: La primera, que denomino *reforma de entrada*, tendrá por finalidad que el actual Congreso Nacional habilite al que será elegido en el 2017 para que, por  $\frac{3}{5}$  de los parlamentarios en ejercicio, determine, entre cuatro alternativas, conforme a cuál se tratará el proyecto de Nueva Constitución; la segunda, que califico como *reforma a la reforma*, en que el Congreso instalado a partir del 2018 optará por uno de esos mecanismos; y, la tercera, que contendrá el proyecto de reforma constitucional *de fondo*.

## II. PROGRAMA DE GOBIERNO, LEY DE PRESUPUESTO Y PLANTEAMIENTO PRESIDENCIAL

Ya en el *Programa de Gobierno* que lideró la actual Presidenta de la República se planteaba que:

“La Nueva Constitución Política deberá elaborarse en un proceso: i) democrático; ii) institucional, y iii) participativo.

Proceso Democrático: La Nueva Constitución debe generarse en un contexto en que se escuchen todos los puntos de vista, se hagan presentes todos los intereses legítimos y se respeten los derechos de todos los sectores.

Proceso Institucional: El logro de una Nueva Constitución exigirá de todas las autoridades instituidas una disposición a escuchar e interpretar la voluntad del pueblo. La Presidencia de la República y el Congreso Nacional

<sup>2</sup> Parte de estas reflexiones las expuse en el seminario organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Atacama, con motivo de su 20º Aniversario, en octubre del 2015; y en el encuentro a que convocaron, pocos días después, el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, IDEA Internacional y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile para examinar *Los Procesos de Construcción Constitucional en América Latina*.

deberán concordar criterios que permitan dar cauce constitucional y legal al proceso de cambio; y que permitan la expresión de la real voluntad popular en el sentido de los cambios.

**Proceso Participativo:** La ciudadanía debe participar activamente en la discusión y aprobación de la Nueva Constitución. Para tal efecto, el proceso constituyente supone, de entrada, aprobar en el Parlamento aquellas reformas que permitan, precisamente, una deliberación que satisfaga esta condición<sup>3</sup>.

De lo expuesto, entonces, resultaba claro que, antes de presentarse la enmienda constitucional de fondo, conteniendo el Nuevo Texto Fundamental que se propondría, se abordaría la reforma del procedimiento previsto para ese efecto en el actual Código Político y que ese proceso debería ser democrático, institucional y participativo, entendiendo que se implementaría un mecanismo en que se escucharían todos los puntos de vista, se harían presentes todos los intereses legítimos y se respetarían los derechos de todos los sectores, permitiendo la expresión de la real voluntad popular en el sentido de los cambios; y donde la ciudadanía participaría activamente<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Fragmento del documento denominado *Chile de Todos. Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018*, Francisco Zúñiga Urbina (coordinador), *Nueva Constitución y Momento Constitucional*, Santiago, LegalPublishing y Thomson Reuters, 2014, pp. 328-329.

<sup>4</sup> Al término del *Cónclave de la Nueva Mayoría*, realizado en San Miguel el 3 de agosto del 2015, la Presidenta de la República anunciaba:

“Así, lo que queremos es que en septiembre, junto con comunicar al país los principales hitos y procedimientos del proceso constituyente, podemos iniciar algo que para mí es la primera fase, y que es fundamental, que yo podría llamar, una primera fase de información y pedagogía. Es decir, educar, educación cívica constitucional. Y, a la vez, que ello lleve de la mano la motivación para cuando se abre otra fase, la fase de participación.

Mi experiencia, no sé cuál será la de ustedes, seguramente no es muy diferente, es que la gran mayoría de los ciudadanos no sabe muy bien qué es una Constitución, qué elementos lleva. Muchos, cuando le hablan de Nueva Constitución, dicen “que nos suba los salarios, que nos suba las pensiones”. Y, por otro lado, hay un grupo muy importante que cuando uno habla de Nueva Constitución, piensa “mis problemas son otros, mi problema es la educación, la salud, el empleo, la seguridad ciudadana, y me vienen a hablar de Nueva Constitución”. Por eso que creo que es tan importante tener este proceso de educación cívica, que permita mostrar lo fundamental que es una Constitución en el país, que permita abrir un proceso de participación, que además, yo soy una convencida, puede permitir disminuir esa brecha que hay entre las élites y la ciudadanía. Yo soy una convencida que puede ser un muy buen momento también para conversar no solo de la Constitución, sino también de todas estas otras desconfianzas que existen en nuestro país y que es necesario enfrentarlas. Pero como digo, queremos esperar este proceso en agosto y recibir de todos ustedes sus planteamientos, para que cuando lancemos este proceso, que su primera fase, quiero insistir, es educar, podamos tener un proceso adecuado. Es fundamental en esto que expliquemos qué es una Constitución, en qué nos afecta el día a día y por qué es necesario cambiarla. Luego, como decía, vamos a dar un proceso de participación y de diálogo, en el que todos podremos intervenir. Y no habrá exclusión alguna. Incluso, queremos convocar a los chilenos que viven en el extranjero.

## 1. Partidas presupuestarias

Transcurrido un año y medio desde la instalación del gobierno, sin ningún avance relevante para la concretización de esa promesa contenida en el Programa de Gobierno, en una conferencia dictada por la Jefa de Estado el 26 de septiembre del 2015 en la Universidad de Columbia<sup>5</sup>, señaló que:

(...) la fecha para dar a conocer el mecanismo de la nueva Constitución será anunciado en un plazo máximo de tres semanas<sup>6</sup>.

Previamente, sin embargo, en el proyecto de ley de presupuesto para el sector público 2016<sup>7</sup>, se propuso que, en la partida correspondiente al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, se asignaran a *Estudios para una Nueva Constitución* la cantidad de \$ 489.500.000<sup>8</sup>; en la partida destinada al Ministerio Secretaría General de Gobierno, otros \$ 1.100.000.000<sup>9</sup>; y en la partida dedicada al Ministerio Secretaría General de la Presidencia, \$ 1.246.996.000 más para el mismo concepto<sup>10</sup>. En este último caso, se añadía la Glosa 05, al tenor de la cual:

Con cargo a estos recursos se podrá financiar todo tipo de gastos, incluidos los de personal, que demande la ejecución de este programa. El gasto en personal será de \$764.396 miles para financiar un número de hasta 219 personas.

También en la primera asignación referida aparece la Glosa 12:

Con cargo a estos recursos se podrá financiar todo tipo de gastos, incluidos los de personal, que demande la ejecución de este programa. El gasto en personal será \$ 171.000 miles para financiar un número de hasta 20 personas.

Buscar mecanismos modernos que lo hagan posible. Los plazos que yo acabo de mencionar son exigentes. Por ello, quiero invitar a los partidos que podamos trabajar y sumarnos con unidad y con compromiso”.

<sup>5</sup> Sobre “Desafíos de nuestra democracia, 25 años después”.

<sup>6</sup> <http://www.latercera.com/noticia/politica/2015/09/674-648847-9-bachelet-anunciara-en-un-maximo-de-tres-semanas-el-mecanismo-para-nueva.shtml>, visitado el 10 de octubre del 2015.

<sup>7</sup> Contenido en el Boletín N°10.300. Ley N°20.882, publicada en el Diario Oficial el 5 de diciembre del 2015.

<sup>8</sup> Partida 05 Capítulo 10 Programa 01 Subtítulo 24 Ítem 051.

<sup>9</sup> Partida 20 Capítulo 01 Programa 01 Subtítulo 24 Ítem 320.

<sup>10</sup> Partida 22 Capítulo 01 Programa 01 Subtítulo 24 Ítem 001.

## 2. Información sobre el proceso

Por último, el 13 de octubre del 2015, la Presidenta de la República informó acerca del proceso que se desarrollará para arribar a la Nueva Constitución<sup>11</sup>, en los términos siguientes:

*Primera etapa:* Educación cívica y constitucional que durará hasta marzo del 2016.

*Segunda etapa:* desde ese mes del próximo año se iniciará un proceso ordenado de diálogos ciudadanos, comenzando por las comunas y siguiendo por las provincias y regiones, para terminar con una síntesis a nivel nacional, cuyo resultado serán las *Bases Ciudadanas para la Nueva Constitución*, que se le entregarán a la Presidenta de la República en octubre del 2016.

Para que este proceso sea libre, transparente, sin distorsiones ni presiones de ningún tipo, la Jefa de Estado comunicó que nombraría un *Consejo Ciudadano de Observadores* que dé garantías de transparencia y equidad, cuyos integrantes fueron presentados el 2 de diciembre del 2015<sup>12</sup>.

En *El Mercurio* se informó, el 29 de diciembre<sup>13</sup>, acerca de las etapas que tendría el proceso de participación constitucional, considerando una campaña de preparación previa (diciembre 2015-febrero 2016): encuentros locales y participación individual, a través de formularios vía web (marzo a mayo del 2016); encuentros provinciales de debate dejándose constancia de los acuerdos, desacuerdos y acuerdos parciales en un *Acta de Cabildo Provincial*; encuentros regionales para lograr consenso en los temas que resultaron más conflictivos en la fase anterior, cuyas actas se incluirán en formatos cuyo contenido será redactado por el equipo de “facilitadores” (mayo a julio del 2016); y síntesis de los acuerdos contenidos en las Bases (agosto a octubre del 2016).

*Tercera etapa:* a fines del 2016, la Presidenta de la República presentará un proyecto de reforma constitucional para que el actual Congreso Nacional, por dos tercios de sus miembros en ejercicio, como lo dispone la normativa hoy vigente en el Capítulo XV de la Constitución, habilite al próximo –que se

<sup>11</sup> <http://www.prensapresidencia.cl/discurso.aspx?codigo=10782>, visitado el 14 de octubre del 2015.

<sup>12</sup> <http://www.gob.cl/2015/12/02/mandataria-sobre-nueva-constitucion-se-ha-puesto-en-marcha-un-proceso-que-queremos-sea-institucional-participativo-democratico-y-tambien-solemne-y-profundamente-republicano/>, visitado el 24 de diciembre del 2015.

<sup>13</sup> Cuerpo C, p. C6.

elegirá en el 2017– para que sea este el que decida, pero por <sup>3/</sup> de sus miembros en ejercicio, de entre cuatro alternativas, el mecanismo conforme al cual se tramitará el proyecto de fondo: una Comisión Bicameral de senadores y diputados; una Convención Constituyente Mixta de parlamentarios y ciudadanos; la convocatoria a una Asamblea Constituyente o que el Congreso convoque a un plebiscito, para que sea la ciudadanía la que decida entre las tres alternativas anteriores.

*Cuarta etapa:* a inicios del segundo semestre del 2017, se transformarán las Bases Ciudadanas en un proyecto de Nueva Constitución, que recoja lo mejor de la tradición constitucional chilena y que esté acorde con las obligaciones jurídicas que Chile ha contraído con el mundo.

### III. DIAGNÓSTICO Y APRECIACIÓN ACERCA DEL PROCESO CONSTITUYENTE

Hace más de un año, con motivo de un seminario organizado por Clapes UC<sup>14</sup>, expuse en torno de este tema algunas ideas preliminares que estimo útil resumir en esta oportunidad.

#### 1. Inexistencia de o error en las causas que se invocan

En primer lugar, recordé, muy someramente, los procesos de cambio o reforma constitucional habidos en 1833, 1925 y 1980, para concluir que:

En definitiva, cuando, en lo sustantivo, se plantea un cambio de magnitud o intensidad relevante a la Constitución vigente, convengamos, desde un principio, que será difícil circunscribir el procedimiento de reforma a la secuencia y requisitos contemplados para este efecto en la Carta Fundamental que se está tratando de reformar. Máxime si, aun antes de iniciar siquiera ese proceso, se sostiene la necesidad de enmendar el procedimiento mismo, como se verá en seguida<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Miguel Ángel Fernández González, “Bases y dudas acerca de la Reforma a la Reforma. Ideas para el Debate N°3: Aportes para una Reforma Constitucional”, Santiago, Centro Latinoamericano de Políticas Económicas y Sociales, 2014, pp. 92-104.

<sup>15</sup> Ib., p. 94.

En segundo lugar, sostuve que era necesario dejar constancia de tres consideraciones previas, cuyo fundamento y secuelas señalé no compartir, pues, a mi juicio, constituyen un diagnóstico errado o insuficiente y, por ende, actuar con base en ellos puede conducir también a equivocaciones, por lo que no justifican avanzar hacia una *Nueva Constitución*.

Me refería, primeramente, a sostener la ilegitimidad de origen de la actual Constitución como causal que fundamenta su revisión completa mediante un procedimiento de reforma previamente adecuado a un mecanismo profundo de cambio, como los tres que propondrá la Presidenta de la República, conforme lo ha informado en su discurso del pasado 13 de octubre; en seguida, evalué negativamente la denominada tesis del cerrojo o del *candado institucional*, según la cual la mayoría no puede introducir los cambios que Chile demanda porque el binominal (que ya no existe)<sup>16</sup> le impide alcanzar el quórum requerido para los cambios legislativos trascendentales; y, si llega a superar ese primer cerrojo, las supra mayorías que exige la Constitución para enmendar esas leyes son imposibles de lograr; y, aun así, si es que lo logra, el voto de la minoría se consolida con el recurso al Tribunal Constitucional<sup>17</sup>; y, por último, descarté que los numerosos cambios introducidos en estos treinta y cinco años a la actual Constitución tendrían su origen en acuerdos nulos o pactados sin consentimiento libre.

Sin embargo y atendido que el proceso hacia el proyecto que elaborará la Presidenta de la República en el 2017, es precedido por las etapas que, con mayor o menor precisión, se van conociendo y, al fin y al cabo, ejecutando, ninguna de las cuales, por cierto, se encuentra contemplada en el capítulo que la actual Carta Fundamental dedica a regular su procedimiento de reforma, es claro que, al menos formalmente, el texto que surja de aquel procedimiento constituirá, en este sentido, una Nueva Constitución.

<sup>16</sup> Ley Nº20.840, publicada en el *Diario Oficial* el 5 de mayo del 2015.

<sup>17</sup> Fernando Atria Lemaitre et al., *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Santiago, Ed. Debate, 2013, pp. 19-20. Focalizado en lo constitucional, véase Francisco Zúñiga Urbina (coordinador), *Nueva Constitución y Momento Constitucional*, Santiago, LegalPublishing y Thomson Reuters, 2014; Mario Fernández Baeza, *La Constitución Contra Sí Misma*, Santiago, LegalPublishing y Thomson Reuters, 2014; Francisco Zúñiga Urbina, “Nueva Constitución para Chile. Las “Bases” y las Nuevas Ideas Político-Constitucionales”, *Revista de Derecho Público* Edición Especial, Santiago, Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2014, pp. 27-42; Mario Verdugo Marinkovic: “¿Nueva Constitución?”, *Revista de Derecho Público* Edición Especial, Santiago, Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2014, pp. 45-49.

## 2. Valoración del modelo

Finalmente, en aquel seminario del 2014, así como en otras oportunidades<sup>18</sup>, sostuve que valoraba el modelo concebido a partir de la actual Carta Fundamental, sin perjuicio de los cambios –siempre necesarios en la Democracia Constitucional– que puedan introducirse:

(...) estimo evidente (que), la Constitución ha sido, durante sus más de treinta años de vigencia, pieza angular que explica el enorme desarrollo y éxito para Chile y los chilenos. El modelo diseñado durante la segunda mitad de los años 70 y fundado en los principios y normas constitucionales todavía vigentes, sirvió de base a *un proceso creciente y muy positivo de cambio* significativo en nuestro país. Ese modelo fomentó la iniciativa privada y acotó el rol del Estado y las consecuencias negativas que se derivan de su intervención, especialmente como empresario, en la vida económica del país, y como proveedor de servicios de interés general<sup>19</sup>.

En esta misma línea rescaté el valor de los cambios y la persecución y sanción de los abusos, pero sobre la base de consensos amplios y duraderos.

## 3. Bases y dudas

Por último, abordé las bases y dudas que planteaba *la reforma a la reforma*. Expuso, en torno de aquellas bases –es decir, lo que en ese momento se conocía– lo que he señalado al principio, esto es, el contenido del Programa de Gobierno de la presidenta Bachelet y del *Segundo Informe* preparado por el equipo de juristas que colaboró en la elaboración de ese Programa<sup>20</sup>.

En cuanto a las dudas, donde centré mi intervención de hace un año, expliqué que la exigencia de participación no requería reformar la Constitución, pues podía acudirse a mecanismos hoy previstos en el ordenamiento

<sup>18</sup> Con mayor detalle, Miguel Ángel Fernández González, “Acerca del futuro constitucional de Chile”, *Societas* N°17, Santiago, Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales, 2015, pp. 181-204.

<sup>19</sup> Miguel Ángel Fernández González, citado en *supra nota 12*, p. 95.

<sup>20</sup> “Bases de la Nueva Constitución para Chile: Segundo Informe”, Francisco Zúñiga Urbina (coordinador), *Nueva Constitución y Momento Constitucional*, Santiago, Legal Publishing y Thomson Reuters, 2014, pp. 313-314.

jurídico, como el que contempla la Ley N°20.500<sup>21</sup>; o a aquellos que han sido reiteradamente utilizados, como las Comisiones Asesoras<sup>22</sup>; o a otros que pueda imaginar –siempre dentro de la Constitución y la ley– la autoridad en cumplimiento del Programa ofrecido a la ciudadanía, ya que dispone de los medios políticos, económicos y jurídicos para satisfacer las cualidades referidas. Ello, además, por cierto, de los medios de participación previstos durante el debate parlamentario<sup>23</sup> hoy vigente, así como también pueden incluirse –si se llega a ese trámite– las audiencias públicas en el Tribunal Constitucional:

Solo cabe requerir de los mecanismos que se empleen que sean *efectivamente democráticos y participativos*, o sea y reiterando lo declarado en el Programa, que permitan escuchar todos los puntos de vista, que tengan presencia *todos* los intereses legítimos, que se respeten los derechos de todos los sectores, que se permita la expresión de la *real voluntad popular* en el sentido de los cambios y que garanticen que la ciudadanía *participe activamente*<sup>24</sup>.

Con todo, formulaba una primera duda –que aquí reitero–, a propósito de aquellas dos condiciones, en cuanto a si sería exigible, en qué momento y con qué alcance, la *obligación de consulta* prevista en el Convenio N°169<sup>25</sup>, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo<sup>26</sup>, especialmente, considerando los cambios o

<sup>21</sup> Sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, publicada en el *Diario Oficial* el 16 de febrero del 2011.

<sup>22</sup> Solo para ejemplificar, en virtud del Decreto Supremo N°355 de 1990, del Ministerio del Interior, publicado en el *Diario Oficial* el 9 de mayo de ese año, se creó la *Comisión de Verdad y Reconciliación*; el Decreto Supremo N°1.040 del 2003, del mismo Ministerio, publicado en el *Diario Oficial* el 11 de noviembre del 2003, creó la *Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*; el Decreto Supremo N°336 del 2006, del Ministerio de Hacienda, publicado en el *Diario Oficial* el 24 de junio del 2006, creó el *Consejo Asesor Presidencial para la Reforma Previsional*; y el Decreto Supremo N°146 del 2007, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el *Diario Oficial* el 18 de enero de ese año, creó la *Comisión Asesora Presidencial “Consejo Asesor para la Calidad de la Educación”*.

<sup>23</sup> Artículo 22 de la Ley N°18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, publicada en el *Diario Oficial* el 5 de febrero de 1990.

<sup>24</sup> Miguel Ángel Fernández González, citado en *supra* nota 12, p. 101.

<sup>25</sup> Decreto Supremo N°236 (Ministerio de Relaciones Exteriores), del 2009, publicado en el *Diario Oficial* el 14 de octubre del 2008.

<sup>26</sup> Véanse los artículos 7º, 13 y 16 del Decreto Supremo N°66 (Ministerio de Desarrollo Social), del 2013, publicado en el *Diario Oficial* el 4 de marzo del 2014, en virtud del cual se aprobó el Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena, en virtud del artículo 6º N°1 letra a) y N°2 del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo.

vacilaciones de que da cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia<sup>27</sup>.

Asimismo, argumenté que, en caso alguno, la reforma al procedimiento hoy previsto, bajo la justificación de aumentar la participación, puede significar una rebaja en los quórum de aprobación parlamentaria, facilitando que la Nueva Constitución sea acordada solo por una mayoría transitoria y dotando de *ilimitado* poder a sectores de esa misma mayoría partidarios de cambios más radicales o de quienes estén por obstruirlos o, peor aún, de minorías con incidencia coyuntural en el proceso y contenido de la reforma.

Igualmente criticable, me parece transformar el proceso constitucional en un laboratorio para instaurar en Chile fórmulas de la denominada *democracia plebiscitaria*<sup>28</sup>, a propósito de lo cual formulé otras dudas:

(...) ¿Cómo se piensan someter a referéndum las discrepancias entre el Gobierno y el Congreso? ¿Cada vez que se produzcan, por trámites constitucionales, al final de la aprobación parlamentaria o poco antes de adoptarla, previo al veto presidencial o después de este? ¿Se plantean someter a arbitraje popular el conjunto de divergencias como un todo, debiendo aceptarse la integridad de la propuesta de la mayoría parlamentaria o la del Jefe del Estado, o cada una por separado o, tal vez, por capítulos de la Constitución? Y ¿qué sucederá si, por la duración del debate, se produce antes del referéndum único o en medio de algunos ya realizados y otros que vendrán, la renovación de las Cámaras y se modifica la mayoría parlamentaria o, más aún, la coalición gobernante? ¿Cómo intervendrán los chilenos en el extranjero y las comunas, provincias y regiones? ¿Por qué auto imponernos, además del debate de fondo, que ya tomará tiempo, generará interrogantes y enfrentamiento, un escenario de pre duda y pre conflicto cuyos límites hoy no se distinguen con claridad y cuyas consecuencias son imposibles de dimensionar?<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Sebastián Donoso R. y Claudia Hernández R., *Participación Ciudadana del Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental como Consulta Indígena. Alcances a la Jurisprudencia de la Corte Suprema*, Santiago, Libertad y Desarrollo, 2013, pp. 11-18. Asimismo, consultense las sentencias pronunciadas por dicha Corte el 22 de abril del 2014, Rol N°1.515-2014, y el 7 de octubre del 2014, Rol N°11.299-2014.

<sup>28</sup> Francisco Palacios Romeo, *Nuevo constitucionalismo participativo en latinoamérica*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

<sup>29</sup> Miguel Ángel Fernández González, citado en *supra* nota 12, p. 101.

En definitiva, expuse que cualquier cambio constitucional –sea cual sea su dimensión o profundidad– tiene que hacerse conforme a las reglas que la actual Carta Fundamental prevé para su enmienda, puesto que:

El valor de cambiar el ordenamiento jurídico de acuerdo con sus propias reglas excede una cuestión meramente formal, pues trasunta, en definitiva, el *imperio de la ley* y deja al nuevo sistema a buen recaudo de la misma crítica que hoy se esgrime como la principal para ir hacia el cambio: El pecado original de la actual Constitución en su procedimiento de formación en la década del 70<sup>30</sup>.

En fin, añado ahora que la mixtura propuesta por la Presidenta de la República, aceptando –como no podía ser de otra manera– que el proyecto específico de Nueva Constitución o Reforma de Fondo sea tramitado conforme al procedimiento previsto en la Carta Fundamental, pero previamente modificado y con un preludio de educación cívica y diálogos ciudadanos, puede ser –si se desenvuelve con sinceridad, transparencia y respetándolos a todos– un mecanismo ad hoc que rinda fruto valioso para Chile.

#### **4. Evaluación del proceso propuesto**

Con todo, es necesario indagar –para que el conjunto del proceso sea fructífero– la genuina justificación de la reforma de entrada, pues ella se plantea con dos objetivos: habilitar al Congreso que comienza su funcionamiento en marzo del 2018 para decidir entre las cuatro alternativas de procedimiento para la reforma, pero sucede que, para ello, los parlamentarios no requieren autorización previa alguna; y, en seguida, rebajar el quórum para la futura enmienda desde  $\frac{2}{3}$  a  $\frac{3}{5}$  de los parlamentarios en ejercicio.

Así, la calidad institucional que tendría el proceso completo, en el sentido de sujetarlo al régimen jurídico vigente en el Capítulo XV de la Carta Fundamental, solo se verificaría en *la reforma de entrada*, confirmando que, en un Estado de derecho, no es posible “partir de cero” ni tampoco resulta conveniente, pues, como informó la Presidenta de la República, un proceso como al que está convocando tiene que recoger lo mejor de la tradición constitucional chilena y respetar las obligaciones que Chile ha contraído con el mundo.

<sup>30</sup> Ib., p. 103.

Sin embargo, parece un contrasentido perseguir, primero, la rebaja del quórum de  $\frac{2}{3}$  para avanzar en la que debería ser la reforma más significativa que se introducirá a la Constitución en sus treinta y cinco años de vigencia.

Considerando la información proporcionada por la Presidenta de la República el 13 de octubre del 2015, estimo oportuno plantear algunas observaciones respecto de las etapas informadas, asumiendo que se irá avanzando en ellas, aunque, como he manifestado, no concuerdo con el diagnóstico que las motiva ni con la respuesta que se da para abordarlo.

### a) Aspectos positivos

En general, es positivo –como acabo de señalar– que, para tramitar *la reforma de entrada*, al menos, se respete la Constitución, aunque esto siempre debió ser obvio para no contribuir, también en este ámbito, a la incertidumbre generada en los últimos meses.

Asimismo, es positivo, si se va por este camino, que se ofrezcan alternativas al Congreso Nacional, aunque siempre las ha tenido y las sigue teniendo, pues no hay iniciativa exclusiva en la materia ni las cuatro que formulara la Presidenta de la República impiden que, por vía de indicaciones –de ella misma o de los parlamentarios–, se incorporen otras que las reemplacen o que todas ellas sean desechadas y se mantenga el procedimiento actualmente vigente, lo cual implica, evidentemente, que el rechazo de *la reforma de entrada* no conduce, necesariamente, a que no existirá *reforma a la reforma* o enmienda sustantiva. Como tampoco nada impide que los parlamentarios presenten, en cualquier momento, proyectos de cambio al procedimiento establecido en el Capítulo XV o de enmienda sustantiva, integral o parcial, a la Constitución, tal y como ya lo han hecho, por ejemplo, los diputados Andrade, Ceroni y Schilling<sup>31</sup>.

Así, lo que es valorable es *la señal* que radica en el Congreso Nacional el lugar donde se planteará la discusión acerca del futuro procedimiento de reforma sin que la Jefa de Estado comprima su comienzo a una fórmula predeterminada, abriendo una oportunidad para que nuestros representantes, en el Congreso

<sup>31</sup> Contenido en el Boletín N°10.193.

y en el Gobierno, se re legitimen en una discusión sincera, abierta y de frente a la ciudadanía<sup>32</sup>.

En fin, también es positivo que, desde ya, la Jefa de Estado que, en definitiva, será quien elabore el proyecto de Nueva Constitución, pero que se restará de su debate desde ese cargo, considere que debe recoger lo mejor de la tradición constitucional chilena y respetar las obligaciones jurídicas que Chile ha contraído con el mundo donde cabe considerar, desde luego, los tratados sobre derechos humanos, así como los que garantizan el libre comercio y los acuerdos sobre protección de inversiones extranjeras en nuestro país, solo por exemplificar.

### b) Nuevas dudas y cuestionamientos constitucionales

Empero, la secuencia de etapas propuesta el 13 de octubre también planteaba dudas:

- No es claro si el proceso previo de educación cívica y constitucional, se referiría solo a las cuestiones sustantivas o también tendrá que ver con la *reforma de entrada* y con la *reforma a la reforma*;
- Nada se anticipaba acerca de la manera concreta que adoptarán los diálogos ciudadanos ni respecto de cómo se elaborarán las *Bases Ciudadanas para la Nueva Constitución*, aunque informaciones recientes han comenzado a perfilar esos aspectos cruciales;
- Tampoco se indicaba si ese proceso sería regulado a través de una ley o por medio de un reglamento autónomo.

En este punto, cabría sostener, en principio, que esta etapa tendría que regularse, al menos, por medio de una ley, puesto que la Constitución ni la ley autorizan al Presidente de la República para consultar a la ciudadanía –que es la naturaleza que podría atribuirse a los *diálogos ciudadanos*– y, por ende, ese trámite no encuentra habilitación en la Carta Fundamental ni legislativa, lo cual volvería su convocatoria e implementación nula, conforme a lo dispuesto en el artículo 7º de aquella y exponiéndose al mismo cuestionamiento al que ha estado siempre sujeta la consulta convocada en 1978<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Cristóbal Bellolio B., *Pinochet, Lagos & nosotros. Ensayos sobre la cuestión constituyente*, Santiago, Penguin Random House Grupo Editorial, 2015, pp. 45 y ss.

<sup>33</sup> Véase el Decreto Supremo N°1.308 (Ministerio del Interior), de 1978, publicado en el *Diario Oficial* el 3 de enero de 1978.

Máxime, considerando que el único caso donde se admiten las consultas está contemplado en el inciso 5º del artículo 118 de la Constitución, el cual establece que una ley orgánica constitucional debe señalar las materias de competencia municipal que el alcalde, con acuerdo del concejo o a requerimiento de los  $\frac{2}{3}$  de los concejales en ejercicio, o de la proporción de ciudadanos que establezca la ley, someterá a consulta no vinculante, así como las oportunidades, forma de la convocatoria y efectos.

Por ello, podría sostenerse, incluso, aunque tal vez sea ir muy lejos, que para consultar en los niveles regionales y provinciales se requiere reforma constitucional y que, en el nivel comunal, solo procede en los términos ya referidos del artículo 118.

O, más aún, podría argumentarse que con esta etapa ya comienza el proceso de reforma constitucional y que, al menos en sus bases, debería ser incorporado a la Carta Fundamental, conforme al procedimiento hoy previsto en su Capítulo XV. Más todavía, si las Bases serán vinculantes, como podría desprenderse del tenor literal del discurso presidencial cuando señala que “transformaremos las Bases Ciudadanas en un proyecto de nueva Constitución”.

### c) Objetiones

Finalmente, algunas críticas a la secuencia que viene implementando el Gobierno:

- Que la primera *etapa*, de educación cívica y constitucional, no esté sujeta a supervisión, como la segunda, para que se garantice ecuanimidad en el contenido, aunque el *Consejo Ciudadano de Observadores* ha asumido, en los hechos, algún grado de supervisión<sup>34</sup>, y en el uso de los recursos públicos que se destinan a ese objeto, sin perjuicio –claro está– del control que hoy se aplica, conforme a las reglas generales, respecto del gasto público.

Abro un paréntesis, a propósito de las asignaciones que el proyecto de ley de presupuesto destina a *Estudios para una Nueva Constitución*.

<sup>34</sup> <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=207444>, visitado el 24 de diciembre del 2015.

¿Qué sentido tienen esos recursos públicos para ese fin, si ya se conoce el contenido de la reforma de entrada, de qué tratará la reforma a la reforma y que la Nueva Constitución surgirá de las *Bases Ciudadanas*?

En realidad, pareciera que son recursos que se aplicarán, al menos en parte, a la etapa de educación cívica constitucional. De ser así, ¿cómo se explica, por ejemplo, que exista asignación de fondos para el Ministerio del Interior y Seguridad Pública?

Es inevitable, entonces, requerir o habría sido deseable que esos recursos sean administrados por una autoridad independiente que garantice pluralismo y no discriminación, en su asignación y en el contenido de lo que con ellos se elabore, y siempre entregados mediante licitación pública. Es más, bien podría argumentarse que esos fondos, entonces, forman ya parte del proceso de reforma constitucional y, como tales, debieron ser aprobados por  $\frac{3}{5}$  o  $\frac{2}{3}$  de los parlamentarios que se pronunciaron respecto de la Ley de Presupuesto 2016, si es que se trata que sea efectivamente institucional.

En fin, resulta complejo y problemático establecer las enmiendas al procedimiento (*la reforma de entrada y la reforma a la reforma*), pues la intervención mínima que se pretende atribuir al actual Congreso Nacional –solo para que habilite al que se elija en el 2017 a optar por una de las cuatro alternativas– no afecta la competencia de los parlamentarios para ir mucho más allá o para no hacerlo.

En efecto, nada impide a los actuales parlamentarios incorporar, vía mociones o indicaciones al proyecto que presente la Jefa de Estado nuevas opciones; pronunciarse directamente respecto de las cuatro alternativas para desecharlas todas; preferir una de ellas; o aprobar otra distinta; y porque, aunque el Congreso solo habilite al que vendrá en el 2018, ciertamente, este tampoco estará forzado a ello nada más, ya que esos futuros senadores y diputados conservarán la plenitud de sus potestades.

Por último, siguen latentes riesgos que deben considerarse: primero, pasar de la participación a fórmulas de democracia plebiscitaria, como ya anticipé; segundo, usar la reforma de entrada y la segunda al procedimiento como excusa para dilatar la enmienda sustantiva, sin que, con ello, se modere la incertidumbre exacerbada en que nos ha ido situando el sistema político, sino que resulte aumentada en el tiempo y en intensidad; y, en fin, provocar que, en algún momento del debate acerca de las dos reformas iniciales, la Jefa de Estado o los parlamentarios se vean forzados –por la dinámica del proceso político– a comenzar la tramitación de la enmienda sustantiva, porque no

debe olvidarse que uno de los traumas de la política chilena fue el conflicto surgido a propósito del requerimiento planteado por el presidente Allende al Tribunal Constitucional, en 1973, en relación con el proyecto de reforma constitucional sobre áreas de la economía<sup>35</sup>.

#### d) Mirada prospectiva

Creo, como he escrito<sup>36</sup>, que, en lo esencial, las constituciones tienen por finalidad limitar el poder y, así, contribuir al respeto y promoción de los derechos humanos:

En un sentido ontológico, se deberá considerar como el telos de toda Constitución la creación de instituciones *para limitar y controlar el poder político*. En este sentido, cada constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en el proceso del poder. Para alcanzar este propósito se tuvo que someter el ejercicio del poder político a determinadas reglas y procedimientos que debían ser respetados por los detentadores del poder (...)<sup>37</sup>.

Pues bien, la mayor fortaleza de la actual Constitución, en estos treinta y tantos años, radica en que cumple y ha cumplido con la función cardinal de limitar el poder estatal sobre la base de una razonable separación de órganos y funciones y, especialmente, al ponerlos a todos al servicio de la persona donde sus derechos esenciales constituyen barrera al ejercicio de las atribuciones estatales, con la creación de medios de cautela judicial directa de la Carta Fundamental, y, en los últimos años, la inserción del principio de publicidad:

La democracia no es un sistema cerrado, sino que está en constante evolución. La democracia es, en definitiva, un método para equilibrar el ejercicio del poder, y, por tanto, habrá que ir modulándola con el fin de mejorar o establecer nuevos medios que permitan encauzar rectamente

<sup>35</sup> Véase la sentencia pronunciada el 30 de mayo de 1973, Rol N°15.

<sup>36</sup> Miguel Ángel Fernández González, “Fortalezas y Debilidades de la Constitución actual”, en José Francisco García García (coordinador), *¿Nueva Constitución o Reforma? Nuestra propuesta*, Santiago, Thomson Reuters, 2014, pp. 3-28.

<sup>37</sup> Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ed. Ariel, 1983, p. 151.

las facultades extraordinarias que acumulan en cualquier sistema los gobernantes de turno (...)<sup>38</sup>

La mayor virtud de la actual Carta Fundamental, entonces, radica en la decisión –tal vez compleja en la época en que fue redactada– de haber optado por la primacía de la persona, por la intangibilidad de sus derechos esenciales y, a consecuencia de ello, por la servicialidad del Estado, a partir de la fuerza normativa que la caracteriza.

## 1. Consolidación y cambios

Me ubico, en consecuencia, entre quienes piensan que, abierto el debate, para aprovechar este *momento constitucional*<sup>39</sup>, pueden hacerse cambios importantes a nuestro sistema político, económico y social, pero no creo, desde luego, que, si se trata de corregir aspectos relevantes del *modelo*, se requieran modificaciones constitucionales, por ejemplo, para que se haga más efectivo el ordenamiento jurídico con el objeto que se eviten o pongan fin y reparen los abusos, las irregularidades o las ilegalidades, pues –y aquí advierto, en la misma lógica que vengo planteando, una debilidad de la Constitución– la limitación del poder al que se orienta la Carta Fundamental es el que emana y ejerce el aparato público, pero hoy también el poder, en su sentido genuino, surge y se impone desde los particulares, especialmente cuando se funda en el monopolio, la capacidad económica excesiva y las redes que se forman entre ellos y el sistema público.

A esta debilidad se vinculan, por lo mismo, *los escasos o inexistentes cauces de participación* de las personas y grupos y de la sociedad civil en los procesos de decisiones estatales prevista en nuestra Constitución. Debemos avanzar en fortalecer, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1º inciso 3º, a la sociedad civil.

<sup>38</sup> Victorio Magariños Blanco, “Democracia y Responsabilidad Civil”, *Actas VIII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica*, Santiago, Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales, Instituto de Chile, 2015, p. 258.

<sup>39</sup> Bruce Ackerman y Carlos Rosenkrantz, “Tres Concepciones de la Democracia Constitucional”, *Cuadernos y Debates* N°29, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 15-34. Es útil leer, entre nosotros, en una mirada más amplia a Kamel Cazor Aliste, “Constitucionalismo y Umbral Democrático en Chile: Hacia una Nueva Teoría Constitucional”, *Jus et Praxis*, Talca, Facultad de Derecho de la Universidad de Talca, 2007, pp. 45-74; y José Luis Cea Egaña, “Revisión de la Teoría Constitucional”, III *Revista de Derecho*, Valdivia, Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Chile, 1992, pp. 79-96.

Es que la evaluación de una Constitución para llegar a justificar el tiempo, el esfuerzo y la necesidad de un cambio total no puede quedar reducida a su origen, hace treinta y cinco años, ni menos al solo texto que la contiene, sino que debe apreciarse en el despliegue completo del Derecho Constitucional que, en torno de ella, se va construyendo, con sus fortalezas y debilidades.

## 2. Nueva Constitución: ¿sí o sí?

En este ejercicio de ponderación, estimo que el resultado es ampliamente favorable para el constitucionalismo que hemos ido conformando entre todos, por lo que no alcanzo a divisar, en lo sustantivo, qué deberá haber realmente distinto en una reforma completa como la que se viene proponiendo. Antes y al contrario, más bien el esfuerzo tendría que orientarse a perfeccionar este modelo y no a sustituirlo, a profundizar en sus virtudes y a corregir, sin medio y con fuerza, sus debilidades o imperfecciones.

Sin embargo, el proceso está en marcha. Por lo menos, esta es la voluntad política declarada por la Presidenta de la República y que se encuentra en fase inicial de implementación<sup>40</sup> y, casi sin duda, conducirá a que se llegará, formalmente, a dictar un nuevo texto constitucional, el cual tiene que recoger, por cierto, lo mejor de la tradición chilena, así como las innovaciones capitales contenidas en la actual Carta Fundamental y que tanto y tan decisivamente han contribuido al progreso de los derechos de las personas y de la democracia en las últimas décadas.

Por eso, el debate requiere sinceridad para no generar expectativas irreales o falsas de lo que será capaz de provocar un proceso constituyente y una Nueva Constitución; para el uso adecuado de los recursos públicos destinados a esta empresa constituyente y del tiempo y esfuerzo de los funcionarios; y también sinceridad en comprender y transmitir que la Constitución actual:

- Fue el soporte jurídico-político-institucional que permitió conducir, con éxito, la transición hacia la democracia

<sup>40</sup> Bien puede pensarse que se aplicará aquí el mismo criterio expresado por la Jefa de Estado con motivo del proyecto de ley sobre gratuidad en la Educación Superior cuando, frente al fallo del Tribunal Constitucional, pronunciado el 21 de diciembre, Rol N°2.935, sostuvo que: “Algunos quieren impedir que cumpla mi palabra; no me conocen. Quieren frenar la gratuidad; no lo van a lograr”, <https://prensa.presidencia.cl/discurso.aspx?id=25133>, visitado el 24 de diciembre del 2014.

- Ha permitido el ejercicio del poder, pero sujeto a controles, donde la mayoría puede ir concretando su proyecto político con respeto de las minorías
- Ha logrado que el hiper-presidencialismo se modere y que el sistema funcione, en su conjunto, con equilibrada prudencia
- Ha servido de cauce a las demandas ciudadanas y de los partidos, las fuerzas y los actores políticos
- Ha ido ajustando sus distintas instituciones y normas a los estándares del Derecho Internacional, en un proceso lento y complejo por nuestra cultura política y social, por ejemplo, en la regulación del estatuto de la nacionalidad o en nexo con los estados de excepción constitucional
- Ha permitido que, prácticamente, cualquiera sea el indicador con que se mida nuestro estatus político, social, económico, cultural, de condiciones de vida y satisfacción, se hayan producido saltos cualitativamente significativos en los últimos treinta años
- Ha recogido y mantenido lo mejor de la tradición constitucional chilena, como la denominada Regla de Oro del Derecho Público
- Ha incorporado nociones fundamentales nuevas, como el principio de publicidad y la exclusión de toda forma de censura previa, y también ha remozado instituciones que han contribuido decisivamente a nuestro régimen político, como el Banco Central, sobre la base de su autonomía y carácter técnico
- Ha permitido y servido de sustento jurídico para alcanzar justicia y reparación para quienes fueron víctima de violaciones a los derechos humanos
- Pero, sobre todo, ha contribuido al perfeccionamiento sustantivo de la defensa y promoción de los derechos de las personas, v. gr.:
  - ❖ La defensa del más desvalido de todos, desde el momento mismo de la concepción, aunque nos ha faltado coraje y eficacia para hacerlo realidad completa
  - ❖ El reconocimiento y amparo de los cuerpos intermedios
  - ❖ El mejoramiento de los estándares del debido proceso y la defensa jurídica no solo ante los tribunales, sino también en procedimientos administrativos e, incluso, en el ámbito privado, incluyendo un cambio extraordinariamente relevante en materia procesal penal
  - ❖ La novísima protección del medio ambiente

- ❖ La protección del emprendimiento y de lo que legítimamente se obtiene de él, mediante las exigencias que se imponen a las normas tributarias, al trato en materia económica y la garantía del derecho de propiedad, para permitir la creación de riqueza y, con ello, de empleo y oportunidades
- ❖ La libertad de modelos educativos diversos y plurales, que gozan de autonomía, en todos los niveles de la enseñanza
- ❖ Se ha llegado hasta la protección de los derechos sociales, conforme a una jurisprudencia creativa y progresiva, como lo prueban 150.000 recursos de protección anuales en materia de protección de salud o las nuevas exigencias que se han ido imponiendo para cautelar el derecho a la educación
- ❖ Ha creado o perfeccionado medios judiciales para lograr la cautela y defensa de los derechos para que no sean solo una declamación retórica sin eficacia

En definitiva, el proceso que ha comenzado Chile conducirá a un texto constitucional nuevo, porque ya sabemos que será resultado de un procedimiento inédito que, formalmente, impedirá calificarlo como mera reforma de la actual Carta Fundamental, el cual tiene que aprovecharse –si ya estamos en él– para perfeccionar nuestro sistema institucional en el sentido de seguir contando con una Constitución que limite el poder para el mayor respeto y promoción de los derechos que emanen de la naturaleza humana.

### e) Conclusiones

Se tiene que avanzar en reformas, sin duda, como perfeccionamiento que consolida y perdura, pero solo si se construye en base a acuerdos amplios y pluralistas, pues “el camino del progreso no es rápido ni fácil”<sup>41</sup> y sin que el procedimiento se constituya en un fin en sí mismo que entorpezca, sobredimensione o distorsione los cambios que es preciso introducir.

Este cambio de fondo, aunque pueda no contemplar grandes sorpresas, pues los tres debates constitucionales más decisivos serán: moderación del presidencialismo o semi-presidencialismo a la francesa; Estado Subsidiario y de Oportunidades o Estado Benefactor; y cuáles serán los controles respecto

<sup>41</sup> Frase atribuida a Marie Curie, <http://www.frasesypensamientos.com.ar/autor/marie-curie.html>, visitado el 20 de octubre del 2015.

del Gobierno y el Congreso Nacional, requiere realizarse con sinceridad y siempre limitando el poder –público y privado–. Antes que ampliéndolo en perjuicio de las personas.

En lo primero, por ejemplo, cuánto y qué especie de descentralización, nuevas atribuciones para el Congreso Nacional o el Senado, eliminación o matización de las atribuciones presidenciales y autonomías constitucionales; en lo segundo, el rol del Estado en la economía, derechos sociales y reconocimiento de pueblos indígenas; y, en lo tercero, competencia del Tribunal Constitucional, de la Contraloría General de la República y activismo judicial.

Se trata de un debate de fondo, si bien hemos venido transformando la forma en lo relevante –al punto que dos de los tres proyectos necesarios tendrán que ver con el procedimiento– y ello tecnifica el debate, permite que lo capturen unos pocos y lo aleja de la sociedad civil, con lo cual la *Nueva Constitución*, a la que seguramente se llegará al final del camino, será el resultado de un procedimiento fuertemente institucional, dando a la luz la más profunda reforma a la Constitución de 1980 que, por vía de un plebiscito ratificadorio, germinará en un texto nuevo; esperemos que sea democrático; y, sobre todo, verdaderamente participativo<sup>42</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, Bruce y Carlos Rosenkrantz, “Tres Concepciones de la Democracia Constitucional”, *Cuadernos y Debates* N°29, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Atria Lemaitre, Fernando, *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Santiago, Ed. Debate, 2013.
- Bellolio Cristóbal, *Pinochet, Lagos & nosotros. Ensayos sobre la Cuestión Constituyente*, Santiago, Penguin Random House Grupo Editorial, 2015.
- Cazor Aliste, Kamel, “Constitucionalismo y Umbral Democrático en Chile: Hacia una Nueva Teoría Constitucional”, *Ius et Praxis*, Talca, Facultad de Derecho de la Universidad de Talca, 2007.

<sup>42</sup> Gabriel L. Negretto, “Procesos Constituyentes y Refundación Democrática. El Caso de Chile en Perspectiva Comparada”, *Revista de Ciencia Política*, Vol. 35, N°1, Santiago, Instituto de Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 2015, pp. 211-214.

- Cea Egaña, José Luis, “Revisión de la Teoría Constitucional”, III *Revista de Derecho*, Valdivia, Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Chile, 1992.
- Donoso R., Sebastián y Claudia Hernández R., *Participación Ciudadana del Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental como Consulta Indígena: Alcances a la Jurisprudencia de la Corte Suprema*, Santiago, Libertad y Desarrollo, 2013.
- Fernández Baeza, Mario, *La Constitución contra sí misma*, Santiago, Legal Publishing y Thomson Reuters, 2014.
- Fernández González, Miguel Ángel, “Acerca del futuro constitucional de Chile”, *Socetas N°17*, Santiago, Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales, 2015.
- Fernández González, Miguel Ángel, “Bases y dudas acerca de la Reforma a la Reforma”, *Ideas para el Debate N°3: Aportes para una Reforma Constitucional*, Santiago, Centro Latinoamericano de Políticas Económicas y Sociales, 2014.
- Fernández González, Miguel Ángel, “Fortalezas y Debilidades de la Constitución actual”, en José Francisco García García (coordinador), *¿Nueva Constitución o Reforma? Nuestra Propuesta*, Santiago, Thomson Reuters.
- Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ed. Ariel, 1983.
- Magariños Blanco, Victorio, “Democracia y Responsabilidad Civil”, *Actas VIII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica*, Santiago, Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales, Instituto de Chile, 2015.
- Negretto, Gabriel L., “Procesos Constituyentes y Refundación Democrática. El Caso de Chile en Perspectiva Comparada”, *Revista de Ciencia Política*, Vol. 35, N°1, Santiago, Instituto de Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 2015.
- Palacios Romeo, Francisco, *Nuevo constitucionalismo participativo en latinoamérica*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.
- Verdugo Marinkovic, Mario, “¿Nueva Constitución?”, *Revista de Derecho Público* Edición Especial, Santiago, Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2014.
- Zúñiga Urbina, Francisco, “Nueva Constitución para Chile. Las ‘bases’ y las Nuevas Ideas Político-Constitucionales”, *Revista de Derecho Público* Edición Especial, Santiago, Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2014.
- Zúñiga Urbina, Francisco (coordinador), *Nueva Constitución y momento constitucional*, Santiago, Legal Publishing y Thomson Reuters, 2014.

## Bibliografía normativa

- Decreto Supremo N°355 de 1990, del Ministerio del Interior, publicado en el *Diario Oficial* el 9 de mayo de 1990.
- Decreto Supremo N°1.040 de 2003, del mismo Ministerio, publicado en el *Diario Oficial* el 11 de noviembre del 2003.
- Decreto Supremo N°336 del 2006, del Ministerio de Hacienda, publicado en el *Diario Oficial* el 24 de junio del 2006.
- Decreto Supremo N°46 del 2007, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el *Diario Oficial* el 18 de enero del 2007.
- Decreto Supremo N°236 (Ministerio de Relaciones Exteriores), del 2009, publicado en el *Diario Oficial* el 14 de octubre del 2008.
- Decreto Supremo N°66 (Ministerio de Desarrollo Social), del 2013, publicado en el *Diario Oficial* el 4 de marzo del 2014, en virtud del cual se aprobó el Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena, en virtud del artículo 6° N°1 letra a) y N° 2 del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo.
- Decreto Supremo N°1.308 (Ministerio del Interior), de 1978, publicado en el *Diario Oficial* el 3 de enero de 1978.
- Ley N°18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, publicada en el *Diario Oficial* el 5 de febrero de 1990.
- Ley N°20.840, publicada en el *Diario Oficial* el 5 de mayo del 2015.

## Bibliografía jurisprudencial

SCS, pronunciada el 22 de abril del 2014, Rol N°1.515-2014

SCS, pronunciada el 7 de octubre del 2014, Rol N°11.299-2014

STC, pronunciada el 21 de diciembre, Rol N°2.935

## Bibliografía en línea

<http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=207444>, visitado el 24 de diciembre del 2015.

<https://prensa.presidencia.cl/discurso.aspx?id=25133>, visitado el 24 de diciembre del 2014.

<http://www.frasesypensamientos.com.ar/autor/marie-curie.html>, visitado el 20 de octubre del 2015.



EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL.  
PROPIUESTA DE *CIUDADANOS*

THE CONSTITUTIONAL PROBLEM.  
CITIZENS PROPOSAL

EUGENIO EVANS<sup>1</sup>  
SEBASTIÁN SICHEL<sup>2</sup>

**Resumen:** El artículo analiza la legitimidad de la actual Constitución Política. Igualmente, la evolución constitucional en Chile y los riesgos del debate constitucional. Se proponen reformas al texto constitucional.

**Abstract:** The article analyzes the legitimacy of the current Political Constitution. Likewise, the constitutional evolution in Chile and the risks of the constitutional debate. Proposals for amendments to the constitutional text.

**Palabras clave:** Constitución Política. Legitimidad. Proceso constituyente. Reformas constitucionales.

**Keywords:** Political constitution. Legitimacy. Constituent process. Constitutional reforms.

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Católica de Valparaíso.

<sup>2</sup> Abogado. Magíster en Derecho Público. Director del Departamento de Derecho Público de la Universidad de San Sebastián.

## I. IDEAS PREVIAS

Comenzaremos este artículo con una pregunta esencial: ¿es legítima nuestra actual Constitución?

Para *Ciudadanos*, si la Constitución chilena vigente adolece de algún vicio es sobre su origen y en ningún caso sobre su ejercicio.

Podría ser sostenido con cierta racionalidad que es ilegítima en su origen, formal y materialmente. Pero ocurre exactamente lo contrario respecto a su ejercicio: consideramos que es absolutamente legítima en el fondo y en la forma.

Es formalmente legítima no solo porque es respetada y en buena medida obedecida por todos, sino porque toda nuestra institucionalidad jurídica y política emana de su texto. De no entenderlo así, no serían legítimos el Gobierno, el Congreso, como tampoco las normas dictadas por esas instituciones. No puede ser legítima solo para lo que nos gusta: funcionamiento del Congreso y/o del Gobierno o leyes; ilegítima para lo que no nos gusta: Tribunal Constitucional, Leyes Orgánicas, principios, formulación de ciertos derechos u otras materias que suelen señalarse como culpables de nuestros retrasos sociales.

Uno de los grandes avances de la consolidación de la nueva República democrática post dictadura, es que ese viejo debate se había dado por zanjado el día que Patricio Aylwin, en 1984, llamó a asumir la Constitución como una realidad práctica. Lo cierto es que la Constitución comparte vicios de ilegitimidad de origen con otras en el mundo, como la Ley Fundamental Alemana –redactada y firmada por los aliados en 1949–, y la japonesa –impuesta y redactada por EE.UU. en 1945–. También comparte su falta de legitimación democrática real con las chilenas de 1833 y 1925. Pero con todas ellas se identifica en un ethos: han sido legitimadas en su ejercicio y operan como leyes fundamentales. Son legítimas pues, conforme a sus dictados, han sido elegidos gobiernos, parlamentos y dictado leyes sometidas al amparo y límites de su texto. Han funcionado las instituciones en su marco y la ciudadanía ha reclamado la protección de los derechos reconocidos y asegurados en ellas. En el caso de la chilena, sus más de 220 reformas –así como las más de 70 de la alemana– la han fortalecido. La Constitución vigente no solo existe, sino que funciona y se aplica.

Quienes propician la idea de una nueva Constitución suponen, además, algo que a *Ciudadanos* nos parece errado: que, en cualquier caso, la Constitución se habría deslegitimado en los últimos años, particularmente a partir de la incapacidad del país de dar solución a los problemas sociales y/o políticos que sucesivamente fueron presentándose. Sostenemos que tal creencia –no del todo explicitada– no es más que una hipótesis infundada. La Constitución no solo fue legitimándose con el tiempo sino que, en su esencia, continúa legitimada desde que la ciudadanía, en su mayoría, así lo vive, y entiende que los problemas sociales no son consecuencia de la Carta Fundamental.

Por consiguiente, como *Ciudadanos*, no compartimos el argumento de la ilegitimidad de la actual Carta Fundamental al momento de abordar la discusión constitucional. Y, por lo mismo, tampoco creemos en un mundo de blancos y negros, entre los “que validan la Constitución de la dictadura” y los “santos demócratas que añoran cambiarla” por considerarla ilegítima. Creemos que hay mucho más que decir sobre esto.

Lo sensato parece, en efecto, tomarnos en serio el debate constitucional. Es sano para una democracia estudiar continuamente el perfeccionamiento constitucional, pero insano hacerlo botando la estantería, antes de discutir en su mérito la eficacia de la actual ley fundamental.

La esencia de este proceso analítico (¿qué es lo bueno y qué es lo malo?) debe estar centrada en la actual Constitución y en el Poder Constituyente derivado, que históricamente hemos radicado en nuestro Congreso. Y complementar este proceso deliberativo generado por la democracia representativa con la participación directa de la ciudadanía, opinando dentro de los márgenes acordados por sus representantes. Lo que hay que evitar es aumentar los grados de incertidumbre y las expectativas sobre los efectos de la Constitución. No podemos seguir diciéndole a la ciudadanía, so pena de pecar de demagogos, que contar con un nuevo texto va a resolver la crisis de legitimidad y confianza que hoy existe en nuestro país.

Por eso queremos defender la idea de que la incrementalidad de los cambios trae mejores resultados que un proceso constitucional de carácter refundacional.

Eso pone en realce uno de los grandes avances de la cultura liberal: darle valor a la democracia representativa, a la buena gestión política y a la seriedad técnica que obliga a demostrar primero el mérito de lo propuesto, en lugar de postular la necesidad de destruir lo establecido. Y creemos que ese debe

ser el camino inicial para discutir sobre una nueva Constitución. Justo lo contrario a lo que en estos días se está haciendo.

No podemos reemplazar los virtuosos mecanismos de la democracia representativa (participación de todos a través del voto) por mecanismos participativos pero escasamente representativos (cabildos u otros a los que solo algunos asisten o participan). La regla, entonces, debe ser complementar la democracia representativa –y la necesaria especialización de las funciones que emana de ella– por mecanismos de participación directa de los ciudadanos.

El esfuerzo colectivo de aprender a escuchar debe darse en el marco de dicha democracia representativa consustancial al ideario liberal, que incluye el derecho de participar y de no hacerlo.

## II. NUESTRO PROCESO DE MADURACIÓN CONSTITUCIONAL

En el segundo semestre del 2015, la Presidenta de la República anunció que abriría un proceso constituyente que culminaría en una Nueva Constitución para Chile que terminara por derogar la de 1980, a más de treinta años de funcionamiento. De resultar, sería la undécima Constitución de la República después de las constituciones de 1811, 1812, 1814, 1818, 1822, 1823, 1828, 1833, 1925 y 1980. Hasta ahora, el debate está reducido al proceso de generación de la Constitución más que a sus contenidos. Así, el campo de batalla está marcado entre quienes bregan por una Asamblea Constituyente o por un proceso de reformas en el Congreso (el actual o el próximo, electo conforme a las nuevas reglas de representación proporcional). Poco y nada se habla de los contenidos.

Nuestra historia ha vivido un proceso de evolución de siete constituciones que fueron los esfuerzos que nos llevaron al paradigma de lo que, entendemos, es la República de Chile: democrática, unitaria, sujeta al Estado de derecho, con clara división de poderes, límites al poder estatal y protección de derechos fundamentales. Tres de nuestras constituciones de mayor data (1833, 1925 y 1980) consolidaron esta visión institucional, primando en ellas el objetivo primigenio de “sustentar un gobierno de leyes, no de hombres” y, por lo mismo, limitar el poder y organizar el Estado. La Constitución normativa ha ganado la batalla contra las constituciones aspiracionales en Chile y, en general, en todas las sociedades del mundo que participan de la democracia liberal. Las naciones americanas que han tomado un camino distinto y han tratado que

sus constituciones sean el resultado del cúmulo de las aspiraciones de sus ciudadanos, no han logrado jamás conseguir ese objetivo: 26 constituciones en Venezuela, 32 en República Dominicana, 24 en Haití y 20 en Ecuador dan cuenta de esa búsqueda permanente.

De la Constitución de 1980 decir lo obvio. El debate permanente sobre su legitimidad de origen es absurdo si es que se considera que tratamos con una institución viva, que nos ha regido, efectivamente, los últimos veintiséis años. Tiene aciertos originales (autonomía constitucional de órganos tales como el Banco Central y la Contraloría, la creación y fortalecimiento del Recurso de Protección y el Tribunal Constitucional, la ampliación del catálogo de derechos fundamentales, etcétera) y tiene pecados iniciales (desconfianza de la democracia, excesivo presidencialismo, naturaleza pétreas de su reforma y compleja arquitectura normativa a través de leyes de quórum distintos), todo acerca de lo cual, se ha escrito bastante. Hoy lo cierto es que esta Constitución, ampliamente reformada, se parece mucho más al ideal constitucional que se tenía el año 2005 que a la idea que se buscó imponer en 1980 y por ello, consideramos, ya es un absurdo seguir con el recurrente debate acerca de la legitimidad de su origen.

### III. EL DILEMA ENTRE LA CONSTITUCIÓN PERFECTA

¿Existe la Constitución perfecta? La respuesta evidente es que no. Lo que hay son constituciones más queridas o respetadas por sus respectivas naciones. Y las que lo son comparten al menos tres características: son reconocidas como ley fundamental, normativamente efectivas y políticamente validadas. Es decir: formal y sustantivamente respetadas. Del mismo modo, hay constituciones que son ineficaces por ser inútiles como norma fundamental o por ser ilegítimas democráticamente. Las exitosas comparten un ethos: son una herramienta dinámica y eficaz para construir evolutivamente acuerdos democráticos. Las que fracasan tienen algo común: son fruto de la ansiedad de quienes quieren resolver conflictos sociales a través de normas jurídicas. La Constitución vigente se encuentra sometida a dicho escrutinio, pero el equilibrio entre ese escrutinio y la necesidad de la estabilidad institucional, ha demostrado en nuestra evolución histórica que puede ser el detonante de una crisis o el catalizador del perfeccionamiento institucional.

## IV. ¿ES NECESARIA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN?

Al concentrarse las críticas a la Constitución en su origen, se esconden los argumentos de por qué cambiarla según su valor normativo y como norma fundamental. Lo cierto es que la Constitución aún puede –y debe– ser estudiada para su perfeccionamiento. Y nos parece absolutamente legítimo que dicho análisis incluya la posibilidad final de tener que dictar una nueva Constitución, de estimar que la actual no responde a las necesidades económicas, sociales y culturales de Chile. Pero como resultado de la evidencia y no solo de la pasión. El fin no puede ser tener *per se* una nueva Constitución. Lo que deberíamos aspirar es a tener una “Mejor Constitución” y analizar en su mérito la actual, para saber si es necesario derribarla o perfeccionarla.

## V. EL PROBLEMA DEL CAMBIO CONSTITUCIONAL

La regla es que el Congreso es el depositario principal de la potestad constituyente derivada en cuanto institución democrática, colegiada y elegida por todos los chilenos. Eso constituye el mejor reflejo de nuestra confianza en la democracia representativa, como mecanismo para adoptar las decisiones relevantes.

En el año 2018, tendremos un Congreso más representativo y con mayor transparencia. Pues bien, será quizá una oportunidad para usarlo como herramienta de cambio constitucional. Un verdadero Congreso Constituyente.

Le hemos dado demasiadas vueltas al método cuando tenemos hace tiempo legisladores electos, financiados y con las atribuciones necesarias para las reformas que necesitemos. Así como nada nace de la nada, se puede hacer una nueva Constitución a partir de la vigente. Las formas para que ocurra este debate deben darse en el marco de procesos participativos y abiertos.

El país ha cambiado y la Constitución requiere sea adaptada. La existencia de un *cerrojo autoritario*, que impone altísimos quórum para modificar no solo la Constitución sino también las leyes orgánico-constitucionales y las interpretativas de la Constitución, sumada a los quórum supra-mayoritarios para confirmar a altos funcionarios públicos, y a algunas facultades exageradas del Tribunal Constitucional, han impedido que la Constitución madure junto con nuestra democracia y nuestra sociedad. Ese *cerrojo autoritario* le resta efectividad a la Constitución.

## 1. Riesgos

El actual derrotero que está tomando el debate constitucional conlleva dos riesgos serios. El desafío es efectuar las necesarias reformas constitucionales evitando que estos riesgos se gatillen, y que el remedio termine siendo peor que la enfermedad.

- i *La ansiedad constitucional.* El primer riesgo emana de los ansiosos, los que ven en la Constitución la solución para todo, que miran esta norma jurídica como una piedra filosofal capaz de redimir, resolver y sanar todas las debilidades de una democracia y conflictos de una sociedad. Se equivocan. El actual desencanto con la política y descrédito de la clase política –y de las élites empresariales, sindicales y eclesiásticas– no se subsana con una nueva Constitución. Se subsana modificando leyes que no tienen carácter constitucional y –esto es tanto o más importante– modificando malos hábitos y prácticas malsanas de las élites que la ciudadanía crecientemente rechaza.
- ii *El iluminismo constitucional.* El segundo riesgo emana de los iluminados, los que quieren hacer la Constitución desde cero, en un acto de fe ciega en la ingeniería jurídica. Una generación de economistas fue criticada, con razón, por la arrogancia intelectual de pretender rehacer la sociedad desde su laboratorio. Hoy, otra generación de profesionales arriesga cometer el mismo error, reinventando el marco constitucional a su imagen y semejanza en un *momento constitucional* que, en su descripción, adquiere ribetes quasi religiosos. Hay al menos dos equivocaciones en esta postura. La primera es *política*: Chile no acaba de adquirir la independencia ni viene saliendo de una guerra civil; no hay justificación alguna para partir de cero. La segunda es *práctica/epistémica*: las mejores leyes suelen hacerse pausadamente, a través de las modificaciones sucesivas y el ensayo y error.

## 2. La alternativa

Proponemos un proceso de *reformas constitucionales* que sea *claro* y que siga un camino *incremental, consultivo, institucional y democrático*.

- Que sea ajeno a la *ansiedad constitucional*, que supone que todos los males de Chile se resuelven con una nueva Constitución.
- Que se aleje de la fe ciega en la *ingeniería jurídica* que parte de cero e ignora la historia política y constitucional de Chile.

- Que rechace el *iluminismo constitucional* y acepte que las mejores cosas se hacen de a poco.
- Realista y pragmático, en el sentido de que mantiene los logros de la actual Constitución, y elimina sus errores o debilidades.

### **3. El cambio modular: una Constitución sustancialmente nueva**

Creemos que no es necesario esperar el fin de un proceso como el iniciado por el gobierno de la Presidenta Bachelet para dar curso al cambio constitucional.

Son posibles los cambios aquí y ahora, para eso el gobierno cuenta con las herramientas necesarias para impulsar ciertas reformas respecto a las cuales existe un profundo acuerdo y que son necesarias para dotar de legitimidad el proceso de deliberación venidero.

Las reformas que pueden iniciarse hoy son:

- Quórum de reforma legal y constitucional más democráticas. La Constitución vigente constituye un obstáculo importante para el diseño e implementación de reformas políticas relevantes, dado los altos porcentajes de votación que exige para llevar adelante ciertos cambios. El gobierno puede remediar esto presentando un proyecto de reforma constitucional que reforme la multiplicidad de quórum, garantizando la aprobación de ciertos proyectos bajo la regla de mayoría, y estableciendo un quórum especial solo para la aprobación de algunos asuntos de especial relevancia nacional.
- Al TC no se le puede imputar ser una tercera cámara. Creemos que es necesario un órgano que controle la constitucionalidad de los proyectos que terminan su proceso legislativo. Además, creemos necesario impulsar reformas para eliminar el control preventivo y forzoso, dejando el control abstracto de constitucionalidad para casos determinados. Creemos, también, que debe seguir radicada en el TC la atribución de controlar la supremacía de la Constitución cuando sea requerido por una minoría parlamentaria en los mismos casos que hoy previenen los números 3, 4 y 5 del artículo 93 de la Constitución.
- Límite a la reelección indefinida en el Parlamento. Hoy, en el Congreso, hay parlamentarios que sin haber enfrentado siquiera una primaria, llevan en su cargo más de veinte años. No habrá renovación en Chile si permitimos la elección de por vida de los parlamentarios. La ventaja de

quién está en el cargo crea una barrera artificial que dificulta la sana competencia política y genera oportunidades para crear clientelismo.

- Primacía de la ciudadanía en la elección de sus representantes. La Constitución de 1925 contemplaba la posibilidad de llamar a elecciones complementarias en caso que fuese necesario reemplazar a un parlamentario –por fallecimiento o imposibilidad de ejercer el cargo–. En el año 1973, esta normativa quedó sin efecto y la Constitución vigente le entrega a los partidos la facultad de nombrar al reemplazo del parlamentario en caso de imposibilidad. Creemos que debe ser la ciudadanía quien elija a sus representantes, más aún si este por cualquier razón se ve imposibilitado de ejercer su cargo.
- Igualdad real para todos. Una de las más grandes desigualdades hoy existentes es la que descansa en la discriminación arbitraria que nuestra Constitución autoriza al no asegurar de forma absoluta el derecho de todos los ciudadanos a las instituciones que nuestro ordenamiento jurídico establece para poder desarrollar sus proyectos de vida y salvaguardar sus intereses.
- El centralismo político y administrativo no da para más. Los recurrentes desastres y sucesos ocurridos en diversas regiones del país, muestran que las herramientas actuales no satisfacen las necesidades de la población regional. El ideal descentralizador que emana del artículo 3 de la Constitución no ha mostrado ser eficaz por lo que, consideramos, Chile, sin abandonar su carácter de Estado unitario, debe dirigir su mayor esfuerzo institucional hacia una efectiva regionalización, que dote a los gobiernos respectivos (Intendentes, Gobierno Regional) de atribuciones y recursos que, autónomamente, les permitan enfrentar, administrar y resolver sus conflictos sociales.
- La experiencia de los últimos tres gobiernos ha mostrado los efectos negativos del período de cuatro años que hoy establece la Constitución, luego de la reforma del año 2005. Es cierto que esos cuatro años de mandato pueden ser más que suficientes cuando existe un mal gobierno pero no lo es menos que la calidad de las inversiones en infraestructura y modernización de los servicios públicos ha decaído sostenida y permanentemente en los últimos años. Lo anterior obedece, precisamente, a mandatos cortos y al hecho que los proyectos de infraestructura (energética, industrial, de conectividad, etcétera) suelen no ser populares ni conllevan los votos necesarios para sostener el poder.



## LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y EL PROCESO CONSTITUYENTE

## CONSTITUTIONAL REFORM AND THE CONSTITUENT PROCESS

LAUTARO RÍOS ÁLVAREZ<sup>1\*</sup>

**Resumen:** Este artículo procura describir el proceso al que ha llamado la presidenta, Sra. Michelle Bachelet, para elaborar una nueva Constitución de generación democrática, los aspectos positivos de la propuesta presidencial y sus riesgos. Finaliza con las notas críticas a dicha propuesta y, en contraposición a ella, la propuesta procedural del autor.

**Abstract:** This article attempts to describe the process that the president, Mrs. Michelle Bachelet, has called for in order to draft a new democratic Constitution, the positive aspects of the president's proposal and its risks. It concludes with critical notes to the President's proposal and it offers a counter-position by the author.

**Palabras clave:** Nueva Constitución. Participación ciudadana. Plebiscito vinculante.

**Key words:** New Constitution. Citizen participation. Binding plebiscite.

<sup>1</sup> El autor fue catedrático de Derecho Constitucional Universidad de Valparaíso y profesor emérito de la misma. Magíster en Derecho Público Universidad de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor extraordinario visitante Universidad Santo Tomás de Aquino de Tucumán. Primer vicepresidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Miembro Correspondiente de las Asociaciones Argentina y Peruana de Derecho Constitucional. Miembro del Consejo Asesor del "Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional", CEPC, de Madrid; y miembro del Consejo Editorial "Estudios Constitucionales", Universidad de Talca. Últimas publicaciones, "Estado, soberanía y poder constituyente", *Diario de Doctrina y Jurisprudencia El Derecho*, Nº13.835, Universidad Católica Argentina, 2015; *Una Constitución Política para la unión de los Estados Latinoamericanos*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo; "Los valores en la arquitectura constitucional", *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, Nº7, 2015, Universidad del Desarrollo <http://www.derechoiberoamericano.cl/?p=635>; "Valores fundamentales para una Constitución Política de la Unión de Estados Suramericanos", en *La internacionalización del Derecho Público*, Santiago, P.U.C.V., Thomson Reuters, Legal Publishing, pp. 673-722.

## 1. RAZONABILIDAD DE UNA CONSULTA CIUDADANA PREVIA

Antes de emprender la tarea de elaborar “una nueva y mejor Constitución, nacida en democracia y que exprese la voluntad popular”, a la que nos invita la Presidenta de la República, Sra. Michelle Bachelet<sup>2</sup>, nos parece coherente hacerlo solo después de tener la seguridad de que esa es la decisión ampliamente mayoritaria del pueblo de Chile.

Hasta ahora solo se conoce la ardua discrepancia entre quienes nos hemos pronunciado por la necesidad de una Constitución democrática y quienes consideran que la Carta vigente no requiere ser sustituida, bastando las reformas que apruebe el poder constituyente derivado, para adaptarla a los nuevos requerimientos del desarrollo nacional.

Una nueva Constitución necesita contar con un sólido respaldo ciudadano; y el primer paso para averiguarlo consiste en saber si existe una verdadera voluntad de cambio. Por el contrario, nada resultaría más absurdo que iniciar una tarea tan delicada, difícil y costosa que hacerlo contrariando el sentir de una mayoría eventualmente adversa a ese propósito.

Por todo lo cual, nos parece indispensable y previa una consulta en que la ciudadanía se pronuncie por una de las alternativas siguientes: 1: Chile necesita una nueva Constitución. 2: Chile no necesita una nueva Constitución.

## 2. VENTAJAS DE MANTENER LA ACTUAL CONSTITUCIÓN Y VENTAJAS DE UNA NUEVA

En los V Encuentros Regionales de Derecho Público, realizados en el 2012 con el auspicio de la Universidad Andrés Bello, sobre el tema “¿Es necesaria una nueva Constitución?”, se me encomendó el Discurso Inaugural y en él debí abordar ambas alternativas, de las cuales resumo solo las ideas conclusivas<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Ver: <http://www.gob.cl/2015/10/13/discurso-de-la-presidenta-de-la-republica-al-anunciar-el-proceso-constituyente/>

<sup>3</sup> Cfr.: “¿Es necesaria una nueva Constitución?”, *Revista de Derecho Público*, N°78, Universidad de Chile, Santiago, 2013 (1er. Semestre); y en Hugo Tórtora y Tomás Jordán (coordinadores), *Estudios para una nueva Constitución*, Santiago, Ed. Metropolitana, 2014, pp. 47 y ss.

### Ventajas de mantener la actual Constitución

1. Larga y prolífica preparación de la Carta de 1980
2. Sólida y moderna estructura temática
3. Presuntiva legitimación subsiguiente por su aceptación ciudadana
4. Legitimación por su aplicación en la generación de las autoridades
5. Legitimación por el reconocimiento y protección de la Constitución a los derechos fundamentales
6. Reconocimiento y aplicación de la Constitución tanto en el proceso legislativo como en las reformas constitucionales efectuadas en ella
7. Reconocimiento por su aplicación jurisdiccional tanto por la justicia ordinaria como por el Tribunal Constitucional
8. Reconocimiento por la enseñanza del derecho constitucional fundado en ella
9. Existencia de una valiosa jurisprudencia sistematizada de los principios y de las normas de la Constitución
10. Existencia de numerosos estudios doctrinales y pedagógicos acerca de la Constitución de 1980
11. Posibilidad abierta de perfeccionar la Constitución vigente, según las normas de su Capítulo XV

### Necesidad de una nueva Constitución

1. Naturaleza írrita del tránsito de la Constitución de 1925 a la de 1980
  - 1.1. Incompetencia del órgano constituyente –la Junta Militar– que dio origen a la Carta de 1980 y nulidad de su actuación
  - 1.2. Carácter inconstitucional del procedimiento que dio origen a la Carta del 80 y nulidad consecuencial de su resultado
  - 1.3. Ausencia de todo debate democrático en su generación
2. Forma autoritaria en que la Constitución de 1980 se nos impuso
3. Necesidad de que un país democrático, como el nuestro, se rija por una Carta democráticamente consensuada
4. Necesidad de desbaratar todos los enclaves autoritarios que aceptamos por la fuerza y que debemos eliminar por la razón
5. Necesidad de restaurar el poder electoral y la forma de ejercerlo en democracia

6. Necesidad de insertar a Chile en el mundo y, especialmente, en Latinoamérica. Recepción, en la nueva Constitución, del Derecho Internacional y de la aspiración generalizada de los países latinoamericanos a la integración política, económica, social y cultural de los pueblos de América Latina, con la mira puesta en la formación de una Comunidad Latinoamericana de naciones<sup>4</sup>.

### 3. ANTECEDENTES DEL PROCESO CONSTITUYENTE EN MARCHA

La Carta de 1980 ha sufrido, hasta 2015, 36 reformas y –entre ellas– dos de notoria trascendencia. La primera –ocurrida antes que el general Augusto Pinochet entregara el gobierno– afectó a gran parte de su articulado, no obstante que este había afirmado que de ella no se suprimiría ni una coma. La causa de este cambio de posición fue la derrota del Sr. Pinochet en el plebiscito de 1988 y la certeza de que, a consecuencia de ella, varias disposiciones destinadas a reforzar los poderes del gobierno, serían aplicadas por la oposición. Estas reformas fueron materia de un consenso entre ambos sectores y constan en la Ley N°18.825 publicada en el D.O. de 17-VIII-1989.

Diecisiete años después, se presentaron en el Congreso dos proyectos renovadores de la Constitución –uno de la Alianza y otro de la Concertación– que terminaron refundiéndose, dando origen a la Ley de Reforma N°20.050, publicada en el D.O. de 26-VIII-2005<sup>5</sup>. Esta gran reforma, además de afectar a doce de los quince capítulos del Código Fundamental<sup>6</sup>, privó al Consejo de Seguridad Nacional de poderes políticos tales como designar a cuatro senadores y a dos de los siete miembros del Tribunal Constitucional, e intervenir en la declaración de los estados de excepción constitucional, reduciéndolo al papel de órgano asesor de la Presidencia en materias vinculadas a la seguridad nacional. Puso término a los “senadores designados” –nueve de un universo de treinta y cinco miembros– y a los senadores vitalicios “por derecho propio”,

<sup>4</sup> Ver Título I, Parágrafo único, de la Constitución de Brasil de 1988. Ver también el Art. 75-N°24 de la Constitución de Argentina y el Art. 44 inc. 2º de la Constitución del Perú.

<sup>5</sup> Ver Varios autores, *Reforma Constitucional* (coordinado por Francisco Zúñiga U.), Santiago, Ed. Lexis Nexis, 2005; Varios autores, *La Constitución reformada de 2005* (coordinado por Humberto Nogueira A.), Santiago, Ed. Librotecnia, 2005; y Emilio Pfeffer U., *Reformas Constitucionales 2005*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

<sup>6</sup> Solo se libraron de ser reformados los capítulos IX, “Justicia Electoral”, y XIII, “Banco Central”.

es decir, restableció la generación democrática del Congreso. Modificó en su número, en el sistema de nombramiento y en sus atribuciones al Tribunal Constitucional, atribuyéndole la decisión de las acciones de inaplicabilidad, que antes ejercía la Corte Suprema, y creando –entre estas– la acción de inconstitucionalidad puesta a su cargo, así como su declaración de oficio. Largo sería enumerar todas las reformas introducidas por esta Ley, pero nos parece que las señaladas dan cuenta de su trascendencia.

Sin perjuicio de señalar que, con posterioridad al año 2005, se han aprobado veinte reformas puntuales, cabe destacar que tanto en los círculos políticos como en el ámbito académico, continuó el debate acerca de la conveniencia de elaborar una Constitución auténticamente democrática, como se advierte al inicio del punto 2.

#### **4. LA ACTUAL PROPUESTA DEL GOBIERNO DE LA PRESIDENTA SRA. MICHELLE BACHELET**

El propósito de elaborar una nueva Constitución figura en el Programa de la presidenta, elegida a fines del 2013 para gobernar hasta fines del 2017.

En cumplimiento de esta aspiración programática, el 13 de octubre del 2015, la presidenta pronunció el discurso señalado en la nota 1, que inició diciendo: “Queridos compatriotas: Hoy estamos dando un paso fundamental para el destino de nuestro país. Estamos dando inicio al proceso que nos permitirá tener una nueva Constitución para Chile”.

Señaló más adelante: “La actual Constitución tuvo su origen en dictadura, no responde a las necesidades de nuestra época ni favorece a la democracia. Ella fue impuesta por unos pocos sobre la mayoría. Por eso nació sin legitimidad y no ha podido ser aceptada como propia por la ciudadanía. Es cierto que desde el retorno de la democracia le hemos introducido cambios importantes, que han atenuado su carácter autoritario, pero aún tiene mecanismos que obstaculizan el pleno ejercicio de la democracia y que no pueden ser eliminados con nuevos intentos parciales.

Por eso, ha llegado el momento de cambiarla. Chile necesita una nueva y mejor Constitución, nacida en democracia y que exprese la voluntad popular. Una legítima y respetada por todos, que la conviertan en un motor de unidad

nacional. Eso ha sido lo que consistentemente ha venido demandando la ciudadanía y es uno de los principales compromisos por el que fui elegida”.

Seguidamente, reveló las etapas de su propuesta. Dijo:

En primer lugar, iniciaremos en los próximos días una etapa de educación cívica y constitucional, para que todos tengamos la información necesaria para involucrarnos activamente. Este primer momento durará hasta marzo del próximo año.

Y continuó:

A partir de marzo del 2016, realizaremos un proceso ordenado de diálogos ciudadanos, donde todos puedan participar. Partiremos por las comunas, seguiremos por las provincias y regiones, para terminar con una síntesis a nivel nacional. Y el resultado de estos diálogos serán las “Bases ciudadanas para la nueva Constitución”, que me serán entregadas en octubre del 2016.

Para asegurar la transparencia y la libertad participativa en este proceso, anunció el nombramiento de un “Consejo Ciudadano de Observadores”, formado por personas de reconocido prestigio que así lo garanticen<sup>7</sup>.

Refiriéndose a los procedimientos necesarios para dictar una nueva Constitución, considerando que la actual no los contempla, anunció:

“Por eso, a fines del 2016 enviaremos al Congreso un proyecto de reforma de la actual Constitución para que, por dos tercios de sus miembros en ejercicio, establezca los procedimientos que hagan posible dictar una nueva Carta Fundamental.

En esta reforma, propondremos al actual Congreso que habilite al próximo para que sea él quien decida, de entre cuatro alternativas, el mecanismo de discusión del proyecto enviado por el Gobierno y las formas de aprobación de la nueva Constitución.

La primera alternativa es formar una Comisión Bicameral de senadores y diputados; la segunda, formar una Convención Constituyente mixta de parlamentarios y ciudadanos; la tercera es la convocatoria a una Asamblea

<sup>7</sup> El 2-XII-2015 la presidenta designó al “Consejo Ciudadano de Observadores”, integrado inicialmente por diecisiete personas relevantes, de los más diversos sectores de la actividad pública y privada nacional.

Constituyente. También propondremos una cuarta alternativa, en la que el Congreso pueda convocar a un plebiscito, para que sea la ciudadanía la que decida entre las anteriores alternativas.

La decisión del mecanismo recaerá en el nuevo Parlamento elegido en el 2017, con el nuevo sistema electoral que aprobamos este año, con una nueva ley de partidos y una ley de financiamiento electoral. Es decir, dotado de mayor legitimidad, representatividad y transparencia.

Propondremos que esa decisión pueda tomarla el Congreso por una razonable mayoría de tres quintos”.

La propuesta presidencial continúa así: “La instancia constituyente que el próximo Congreso elija, deberá discutir el proyecto enviado por el Gobierno, fundado en las Bases Ciudadanas para una Nueva Constitución”.

Con anterioridad, la presidenta había precisado que las “Bases ciudadanas para la nueva Constitución” que recibiría en octubre del 2016, las recogería en el Proyecto de Nueva Constitución que elaborará el Gobierno, el que sería presentado ante el Congreso “a inicios del segundo semestre del 2017”. Concluye la sucesión de etapas propuestas por la presidenta, señalando: “Finalmente, este proyecto, una vez sancionado por dicha instancia, deberá ser sometido a un plebiscito vinculante, para su ratificación por parte de los ciudadanos”.

## 5. ASPECTOS POSITIVOS DE LA PROPUESTA

Ellos podrían resumirse en los puntos siguientes:

- 5.1. La propuesta recoge el anhelo de “una nueva y mejor Constitución, nacida en democracia y que exprese la voluntad popular”
- 5.2. A diferencia de las cartas fundamentales precedentes, preconiza la más amplia participación ciudadana en su gestión a partir de los diálogos ciudadanos a iniciarse en las comunas, cuyas conclusiones serían las “Bases Ciudadanas para la nueva Constitución”
- 5.3. Las “Bases Ciudadanas” le serían entregadas a la presidenta en octubre del 2016, para que sirvan de base al Gobierno para elaborar su proyecto de nueva Constitución
- 5.4. La presidenta propone cuatro alternativas para discutir el Proyecto del Gobierno: a) una Comisión Bicameral de senadores y diputados; b) una

Convención mixta de congresales y ciudadanos; c) la convocatoria a una Asamblea Constituyente; y d) la convocatoria por el Congreso a un plebiscito para que la ciudadanía elija una de las alternativas anteriores

- 5.5. El mecanismo para generar la nueva Constitución recaería en el nuevo Congreso Nacional a elegirse el año 2017 el cual –según la presidenta– estaría “dotado de mayor legitimidad, representatividad y transparencia”, que el actual, merced al nuevo sistema electoral, una nueva Ley de Partidos Políticos y una ley de financiamiento electoral
- 5.6. “La instancia constituyente que el próximo Congreso elija” deberá discutir el Proyecto del Gobierno, señalado en el punto 5.3
- 5.7. Finalmente, el proyecto aprobado por la referida instancia constituyente, “deberá ser sometido a un plebiscito vinculante” para que sea ratificado (o rechazado) por la ciudadanía

Lo más positivo de la propuesta presidencial es –a nuestro modesto parecer– la participación de la ciudadanía tanto en la deliberación como en la decisión final y obligatoria sobre la nueva Constitución.

## 6. RIESGOS DE DICHA PROPUESTA

### 6.1. Falta de consulta previa sobre su necesidad

El primer riesgo, que ya advertimos (punto 1), es el de no conocer con certeza –antes de iniciar un proceso que ya ha generado inquietudes paralizantes en el sector económico y financiero– la voluntad de la ciudadanía acerca de la necesidad –o no– de elaborar una nueva Constitución.

Esta voluntad debiera ser ampliamente mayoritaria, si ella es afirmativa, para justificar un proceso tan largo, difícil, delicado y costoso como es el que propone la Presidenta de la República.

Nada podría ser más frustrante y más absurdo que llegar hasta la etapa del plebiscito final y vinculante que se propone y obtener como resultado el rechazo del proyecto definitivo por una eventual mayoría opuesta a sustituir la Constitución vigente.

De allí que insistamos –con un criterio de lógica elemental– en la necesidad de la consulta descrita en el punto 1 de este análisis.

## 6.2. Actuación impropia de los poderes constituidos

Pese a su afán de ceñirse a la *legalidad vigente*, la propuesta advierte la insuficiencia de la Carta Fundamental en curso para admitir su sustitución por una nueva. Y, en efecto, las constituciones se dictan para regir el mayor tiempo posible y no para ser reemplazadas por otras. De allí que la propuesta contempla una reforma a la Constitución para que el actual Congreso Nacional habilite al que le suceda para decidir el mecanismo de discusión de la reforma y el procedimiento de aprobación de la nueva Constitución entre las cuatro alternativas señaladas en el punto 4.

Ahora bien, las dos primeras alternativas y el proyecto mismo que redactará el Gobierno, cometan el pecado original, tan difundido en nuestras constituciones, de entregar su discusión a poderes constituidos o por constituirse, olvidando lo que con tanto énfasis remarcaron los creadores del Poder Constituyente –el abate Sieyés, entre ellos–, cuando este estableció: “Del mismo modo que (los poderes) no pueden constituirse ellos mismos, no pueden tampoco cambiar su Constitución”<sup>8</sup>.

El mismo Sieyés, en su obra magistral *El Tercer Estado*, había adelantado en 1788 que “En cada parte, la Constitución no es obra del poder constituido sino del poder constituyente. Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada de las condiciones de su delegación”<sup>9</sup>.

La propuesta olvida que nuestra Constitución vigente, en su artículo 5º –situado en las “Bases de la Institucionalidad”–, prescribe claramente que “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece”.

Y también olvida lo que, de una manera categórica, asentó Georges Burdeau al señalar que “El carácter esencial de la soberanía es la posesión del Poder Constituyente”<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> “Poder constituyente y poderes constituidos” en su *Proyecto de Declaración*, presentado el 21-VII-1789 a la Asamblea Nacional francesa, Cap. XII.

<sup>9</sup> Para mejor comprensión de esta idea, ver nuestro artículo “La soberanía, el poder constituyente y una nueva Constitución para Chile”, en el sitio web <http://www.tuconstitucion.cl/documentos>

<sup>10</sup> Georges Burdeau, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Madrid, Ed. Nacional, 1981, p. 46.

El ejercicio del Poder Constituyente no solo está vedado a todo poder constituido sino también –cuando “se realiza por el pueblo”– no se limita a tener que elegir entre el blanco y el negro, sino a poder decidir entre toda la gama cromática del arco iris, que es la diversidad propia de una sociedad pluralista.

En resumen, ningún poder constituido tiene legitimidad ni autoridad para reformar la Constitución a la que debe su existencia; por la misma razón que ninguna creatura tiene el poder de sustituir a su creador.

### **6.3. Definición por élites, sea la bicameral, la mixta o una Comisión**

El tercer riesgo de la propuesta consiste en el resultado ciertamente elitista y –por ende– dudosamente democrático, que podría tener un Proyecto elaborado por una Comisión Bicameral o por una Comisión mixta de congresales y ciudadanos, las que figuran entre las alternativas que propone la presidenta.

Además del carácter elitista y probablemente discriminatorio de estas alternativas, ellas incluyen a poderes constituidos, los que ya descartamos como impropios en el acápite anterior, sin dejar de recordar que estas “Comisiones” nos retrotraerían al sistema utilizado por la dictadura para la elaboración de la Carta de 1980.

### **6.4. Elaboración de una Carta infectada por el populismo o por un catálogo de esperanzas irrealizables**

Finalmente, existe el riesgo de que el proyecto resultante del trabajo de estas Comisiones contenga –en lugar de una escueta carta de navegación hacia el futuro– una explosión del populismo que viene divulgando sus cantos de sirena por toda la América morena, con los desastrosos resultados que se conocen, o albergue un catálogo de esperanzas irrealizables. El recetario de aspiraciones imposibles está en las antípodas de la política, que es –como se sabe– “el arte de lo posible”.

Es cierto que este riesgo es el peligro de todo cambio de Constitución; pero, en todo caso, debe tenerse presente a la hora de acotar la forma de proceder a la que deberá sujetarse el órgano constituyente.

## 7. NUESTRA PROPOSICIÓN

- 7.1. La primera consideración digna de tener en cuenta es la de establecer –en forma previa a cualquiera iniciativa sobre una nueva Constitución– si esta es la voluntad ampliamente mayoritaria de la ciudadanía. Ya nos referimos a esta necesidad, y al grave riesgo de omitirla, en los puntos 1 y 6.1. de este trabajo.
- 7.2. Despejada esta incógnita, el Gobierno debiera enviar al Congreso un proyecto de ley que –con el mismo criterio participativo y pluralista de su propuesta– regulara en lo formal el programa, las etapas y los procedimientos a los que deberá sujetarse la elección de una Asamblea Constituyente y su cometido final que no es otro que elaborar el o los proyectos alternativos de la nueva Constitución.
- 7.3. Nos parece inaceptable que dicha Asamblea –que debe ser soberana, libre y autónoma en el ejercicio de su cometido– deba quedar constreñida a discutir “el Proyecto enviado por el Gobierno, fundado en las Bases Ciudadanas para una Nueva Constitución”.  
Ni el Gobierno ni el Congreso ni las instancias ciudadanas tienen autoridad para asumir una tarea que solo corresponde al Poder Constituyente, cuyo ejercicio pertenece exclusivamente al pueblo a través del plebiscito.
- 7.4. Por la misma razón, tampoco la Asamblea Constituyente puede ser delegataria de ese poder, que es indelegable. Dicha Asamblea es comisionada por la ciudadanía, que la elige para que estudie y elabore la propuesta –y sus alternativas– de una nueva Constitución.  
Pero el pueblo, representado por la ciudadanía, se reserva el ejercicio pleno del poder constituyente, al decidir, mediante el plebiscito vinculante con que culmina el proceso, la aceptación o el rechazo del proyecto que someta a su dictamen la Asamblea Constituyente.
- 7.5. La sanción por el Congreso nacional del veredicto plebiscitario, la promulgación y la publicación de la nueva Carta Fundamental –si el veredicto es aprobatorio– son solo trámites destinados a solemnizar dicho veredicto, pero que no pueden alterarlo ni adicionarlo en forma alguna, por tratarse del ejercicio del poder constituyente, que es de la esencia de la soberanía y radica exclusivamente en el pueblo de Chile.  
Si la nueva Constitución nace de esta manera, se habrá cumplido el designio de Gabriela Mistral cuando definió a Chile como “una voluntad de ser”.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Bachelet Jeria, Michelle, “*Discurso de la Presidenta de la República al anunciar el proceso constituyente*”. Disponible en: <http://www.gob.cl/2015/10/13/discurso-de-la-presidenta-de-la-republica-al-anunciar-el-proceso-constituyente>
- Burdeau, Georges, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Madrid, Ed. Nacional, 1981.
- Nogueira Alcalá, Humberto (coordinador), *La Constitución reformada de 2005*, Santiago, Ed. Librotecnia, 2005.
- Pfeffer Urquiaga, Emilio, *Reformas Constitucionales 2005*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Ríos Álvarez, Lautaro, “*La soberanía, el poder constituyente y una nueva Constitución para Chile*”, 2015. Disponible en: <http://www.tuconstitucion.cl/documentos>
- Ríos Álvarez, Lautaro, “*¿Es necesaria una nueva Constitución?*”, *Revista de Derecho Público*, Santiago, Nº78, Universidad de Chile, Primer semestre 2013.
- Sieyés, Emmanuel, “Poder constituyente y poderes constituidos”, 1789, en *Proyecto de Declaración*, presentado el 21-VII-1789 a la Asamblea Nacional francesa, Cap. XII.
- Sieyés, Emmanuel, *El Tercer Estado*, París, 1788.
- Tórtora, Hugo y Tomás Jordán (coordinadores), *Estudios para una nueva Constitución*, Santiago, Ed. Metropolitana, 2014.
- Zúñiga Urbina, Francisco (coordinador), *Reforma Constitucional*, Santiago, Ed. Lexis Nexis, 2005.

## LA POTESTAD CONSTITUYENTE Y LA NUEVA CONSTITUCIÓN<sup>1</sup>

## THE CONSTITUENT POWER AND THE NEW CONSTITUTION

FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA<sup>2</sup>

**Resumen:** En el presente artículo, se analizan las diversas fórmulas posibles para cumplir con el anuncio hecho por la Presidencia que dio apertura al proceso constituyente sobre una nueva Constitución originada, discutida, aprobada y promulgada en democracia.

**Abstract:** This paper analyzes the various possible ways to comply with the Presidency announcement, which opened up the constitutional process on a new Constitution which is created, discussed, approved and promulgated in democracy.

**Palabras clave:** Nueva Constitución. Reforma constitucional. Poder constituyente. Proceso constituyente.

**Key words:** New Constitution. Constitutional reform. Constituent power. Constitutional process.

<sup>1</sup> Este artículo es una versión actualizada de la contribución al libro *La solución constitucional. Plebiscitos, asambleas, congresos, sorteos y mecanismos híbridos* (Claudio Fuentes y Alfredo Joignant, editores).

<sup>2</sup> Profesor titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

## I. PRESENTACIÓN

Mucha tinta ha corrido últimamente sobre la necesidad de una nueva Constitución para nuestro país, sobre los contenidos que debiese tener esta nueva Carta y –quizá sorprendentemente– sobre el procedimiento que debiese utilizarse para redactar su texto. Al respecto, me ha tocado ofrecer varios aportes desde mi especialidad últimamente. Sin embargo, desde que en el programa del actual Gobierno se formularon unas bases de una nueva Carta, se ha instalado esta propuesta como un asunto de primera importancia en el debate público. Por otra parte, es sumamente valioso que se nos desafíe a través de este libro colectivo a explicar nuestra postura dejando los tecnicismos del lenguaje profesional y académico y utilizando uno que sea abordable por toda la ciudadanía; en otras palabras, que se nos permita dialogar con los ciudadanos.

Creo que, tal como se ha señalado previamente por algunos académicos –pero también como se ha pretendido por actores políticos–, nos encontramos viviendo un “nuevo ciclo”<sup>3</sup> en la historia política chilena. Considero, además, que tal idea no es propia solamente de quienes nos identificamos con la izquierda y la centroizquierda; así, por ejemplo, las ideas que se expondrán a continuación fueron objeto de un sustancioso debate en el seno de la Agrupación de Constitucionalistas Socialistas (ACS); pero también fueron luego expuestas en unas particulares jornadas de discusión organizadas bajo el patrocinio del Centro de Estudios Públicos, de las que participaron juristas constitucionalistas provenientes de diversas sensibilidades políticas y distintas universidades<sup>4</sup>. Si bien en tal instancia no todos los participantes compartieron la necesidad de redactar una nueva Constitución, pienso que sí todos participamos de ella por ser conscientes de que la idea se insertó con fuerza en el discurso público y hay que hacerse cargo de ella.

Como bien se sabe, la actual Presidenta de la República, siendo aún candidata, abogó por la necesidad de una nueva Constitución; así quedó plasmado tal proyecto en su Programa de Gobierno<sup>5</sup>. De la lectura de tal documento y de lo señalado públicamente, es conocido que la voluntad política del Gobierno actual es abrir o promover un proceso constituyente que otorgue a Chile

<sup>3</sup> Paulo Hidalgo, *El ciclo político de la Concertación (1990-2010)*, Santiago, Uqbar Editores, 2011, pp. 30 y ss.

<sup>4</sup> Ver Lucas Sierra (editor), *Diálogos constitucionales*, Santiago, Centro de Estudios Públicos, 2015.

<sup>5</sup> *Chile de todos. Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018*, s.e., 2013.

una nueva Constitución, al cual se dio inicio en octubre del 2015. Tal nueva Carta sería originada, discutida, aprobada y promulgada en democracia.

Como he señalado, mucho se ha dicho en el debate público sobre el procedimiento que debería seguir el Poder Ejecutivo y la Nueva Mayoría en cuanto “plataforma” electoral gobernante para cumplir tal objetivo: unos han defendido la necesidad o conveniencia de ajustarse estrictamente al procedimiento de reforma previsto en el texto constitucional vigente, mientras en el otro extremo otros han llamado a invocar el poder constituyente originario para que sea el pueblo quien directamente se otorgue una nueva Carta. En el intermedio, diversas opiniones han señalado otras opciones, como la de un plebiscito que sirva para abrir formalmente el proceso constituyente, definiendo mediante la consulta al pueblo la necesidad de una nueva Constitución y/o de una asamblea constituyente<sup>6</sup>.

Este debate acerca del procedimiento de redacción de la nueva Constitución no escapa a los reduccionismos, maximalismos o afirmaciones realizadas desde un estilo hierático o posturas coriáceas. Al respecto, no dejan de llamar la atención las posiciones polares y erradas frente a la asamblea constituyente y el “plebiscito”. Se trata de posturas polares, pues mientras unos demonizan tales opciones, otros las fetichizan.

Frente a tal polaridad, hay que tener claro que la asamblea constituyente es un mecanismo o procedimiento más de la panoplia de mecanismos para ejercer el poder constituyente, sea el derivado o el originario. Hay que recordar que ni la asamblea constituyente ni el congreso constituyente ni el referéndum constituyente son sinónimos, de por sí, del poder constituyente originario. En la relación forma-fondo, y la supuesta primariedad (determinación de la primera sobre la segunda), solo nos cabe insistir que un mecanismo (v.gr., asamblea constituyente) no determina la naturaleza del poder constituyente (originario o derivado), ni la profundidad o grado del momento constitucional. Al contrario de lo que se ha afirmado o recitado en coro, la asamblea constituyente opera como un órgano de representación, deliberación y decisión políticas, en la que sus integrantes en su mayoría –de seguro– formarían parte de la

<sup>6</sup> Consultar a Fernando Atria, “La Constitución Tramposa y la responsabilidad del jurista”, en Francisco Zúñiga Urbina (coord.), *Nueva Constitución y Momento Constitucional. Visiones, antecedentes y debates*, Santiago, Legal Publishing-Thomson Reuters, 2014, pp. 39-47. También de Fernando Atria, “Nueva Constitución y Poder Constituyente: ¿Qué es “institucional”?”, trabajo inédito del 2014. Además, el libro de Francisco Zúñiga Urbina, *Nueva Constitución: Reforma y Poder Constituyente en Chile*, México DF, UNAM, 2014.

élite política, militando en partidos políticos que actuarían como mediadores (agregación, articulación y estructuración); en definitiva, no resultaría ajena a una lógica “parlamentaria”, solo que con una función constituyente temporal que se agotaría con el alumbramiento de la nueva Constitución.

## II. LAS DEFINICIONES CONOCIDAS

Si bien existió una “justificada” impaciencia ante la falta de definiciones del Gobierno sobre los plazos y procedimientos de la operación constituyente anunciada durante la campaña electoral (conociéndose al inicio únicamente a la fecha la determinación de la presidenta de iniciar el proceso en septiembre del 2015), hay que ser razonables: para afrontar el debate sí se contó con algunas definiciones que, aunque elementales, resultaron útiles. El Programa de Gobierno de la presidenta Bachelet señaló ya explícitamente que el procedimiento constituyente debe ser institucional, democrático y participativo:

La Nueva Constitución Política deberá elaborarse en un proceso: i) democrático; ii) institucional, y iii) participativo.

Proceso Democrático: La Nueva Constitución debe generarse en un contexto en que se escuchen todos los puntos de vista, se hagan presentes todos los intereses legítimos y se respeten los derechos de todos los sectores.

Proceso Institucional: El logro de una Nueva Constitución exigirá de todas las autoridades instituidas una disposición a escuchar e interpretar la voluntad del pueblo. La Presidencia de la República y el Congreso Nacional deberán concordar criterios que permitan dar cauce constitucional y legal al proceso de cambio; y que permitan la expresión de la real voluntad popular en el sentido de los cambios.

Proceso Participativo: La ciudadanía debe participar activamente en la discusión y aprobación de la Nueva Constitución. Para tal efecto, el proceso constituyente supone, de entrada, aprobar en el Parlamento aquellas reformas que permitan, precisamente, una deliberación que satisfaga esta condición<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Chile de todos. Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018, s.e., 2013, p. 35.

Si bien tales definiciones elementales no permiten *ex ante* definir el procedimiento o forma, sí nos dan un marco básico. En atención a ellas, expondré a continuación algunas fórmulas hipotéticas que servirían para abrir el proceso constituyente y que cumplirían con los lineamientos o caracteres descritos.

### III. EL RECURSO AL CONGRESO NACIONAL

Durante el primer semestre de este año salió a la luz, mediante la promulgación de la Ley N°20.840, una importante reforma política impulsada por el Gobierno y con la cual se cumplió una vieja demanda política de los sectores democráticos chilenos: se modificó la legislación electoral relativa a la generación de las cámaras del Congreso, sustituyendo la anterior fórmula empírica binominal ideada por la dictadura por una fórmula proporcional corregida (D'Hondt). Tal reforma permite que en adelante se superen los “empates” forzados por el binominalismo y se refuerce el pluralismo político organizacional, y disminuyan las barreras a la competencia electoral efectiva<sup>8</sup>.

Ello lleva a la posibilidad de pensar el proceso de cambio constitucional integrando a él la elección general del 2017, con un Congreso Nacional probablemente reforzado en su legitimidad democrática, pues se encontrará por fin liberado de un enclave autoritario-institucional heredado de la legislación electoral y de la Constitución del régimen autoritario. En otras palabras, a partir de las elecciones generales del 2017, el Congreso Nacional tendrá una legitimidad democrática distinta, expresándose entonces el pluralismo político organizacional con mayor nitidez<sup>9</sup>.

Con todo, no puede dejar de reconocerse que el futuro inmediato de la agenda de reformas políticas en actual o inminente trámite en el Congreso Nacional, aparece dominado por la necesidad de renovar el estatuto de la relación existente entre política y dinero. A raíz de casos que se encuentran en etapa de investigación criminal y administrativa, se ha instalado la percepción de

<sup>8</sup> Francisco Zúñiga Urbina, “Comentario a la sentencia rol N°2777-15 del Tribunal Constitucional, sobre requerimiento de inconstitucionalidad del proyecto de reforma electoral (Boletín N°9326-07)”, *Revista de Derecho Público*, Departamento de Derecho Público, Universidad de Chile, N°82 (en prensa).

<sup>9</sup> Francisco Zúñiga Urbina, “Reforma constitucional y legal a la fórmula electoral binominal en Chile”, *Paraná Eleitoral*, vol. 2, N°3, pp. 361-368.

una financiación ilegal de partidos y campañas electorales, que evidentemente mina la legitimidad de las instituciones y el prestigio de las élites.

Lógicamente, la agenda de reformas políticas debe hacerse cargo de esta situación, como en parte ya comenzó a hacerlo el Gobierno mediante la convocatoria al Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción, conocido como Comisión Engel<sup>10</sup>, y los proyectos de ley ya en trámite o cuya presentación se ha anunciado. Sin embargo, la preocupación por esta demanda ciudadana emergente tiene dos efectos inmediatos: ralentiza el proceso constituyente, al cambiar las prioridades; y da un nuevo aire al discurso de la asamblea constituyente, que deviene en opíácea, una suerte de maná salvífico, lugar o estadio de redención colectiva (o regeneración al menos) o solución inmediata de los serios problemas que presenta la organización republicana y su piso ético-político mínimo.

Engarzado con lo anterior para superar el estado actual de crisis política, que afecta la legitimidad de las instituciones, se ha llegado a proponer una salida hacia adelante refundando las “relaciones entre economía y política” como sustrato del cambio de las “reglas del juego”<sup>11</sup>.

#### IV. EL RECURSO AL “PLEBISCITO” CONSTITUCIONAL

En tal contexto, se observa en las posiciones de defensa de una asamblea constituyente, un retroceso relativo. Para desatar el proceso constituyente, se plantea por constitucionalistas progresistas y por algunos parlamentarios progresistas la opción de convocar un “plebiscito constituyente” en que la ciudadanía sea consultada acerca de la necesidad de la asamblea constituyente como mecanismo partero de una nueva Constitución.

Por una parte, durante el primer semestre del 2016, una treintena de diputados que formaron la “Bancada Transversal de Diputados y Diputadas por una Asamblea Constituyente” –formada, en los hechos, por parlamentarios de los partidos Socialista, Comunista, Radical, Por la Democracia, Liberal y

<sup>10</sup> El informe final de tal Consejo Asesor se encuentra disponible en <http://consejoanticorrucion.cl/lanzamiento-final/>

<sup>11</sup> Manuel Antonio, Garretón, “Crisis estructural y corrupción institucionalizada: ¿cómo se sale”, *El Mostrador*, 27.04.2015.

dos independientes–, presentó un proyecto de reforma constitucional que permita la convocatoria a un plebiscito en que sea el pueblo el que decida si se convoca o no a una asamblea constituyente (Boletín N°10014-07, proyecto ingresado el 21 de abril del 2015)<sup>12</sup>. Si bien esa es su motivación expresada en el texto de su moción, lo cierto es que la reforma planteada es más general, pues no se circunscribe solamente al proceso constituyente, sino que, de aprobarse, importaría la atribución permanente del Presidente de la República de convocar plebiscitos a su voluntad. En efecto, eso se extrae del breve contenido del proyecto, que es del siguiente tenor:

Artículo único. Introdúzcanse las siguientes modificaciones a la Constitución Política de la República:

1. Modifícase el inciso final del artículo 15, insertando la frase “y las leyes” antes de su punto final.
2. Reemplázase el artículo 32 N°4 por el siguiente: “Convocar a plebiscito en los casos en que corresponda conforme a la Constitución y a las leyes. El Presidente podrá convocar en todo caso a plebiscito si cuenta para ello con el acuerdo de ambas cámaras del Congreso Nacional.

En concreto, el proyecto busca introducir dos modificaciones a la Carta vigente: (a) En primer lugar, modificar el artículo 15, que actualmente prevé que podrá convocarse a votaciones populares y plebiscitos solo en los casos previstos expresamente en la Constitución, agregando la posibilidad de que también pueda convocarse en casos previstos en “las leyes”; y (b) Reemplazar el actual artículo 32 N°4, que faculta al Presidente de la República para “Convocar a plebiscito en los casos del artículo 128” (es decir, para el caso en que una reforma constitucional aprobada por ambas Cámaras fuese vetada por el Ejecutivo) por el siguiente: “Convocar a plebiscito en los casos en que corresponda conforme a la Constitución y a las leyes. El Presidente podrá convocar en todo caso a plebiscito si cuenta para ello con el acuerdo de ambas cámaras del Congreso Nacional”<sup>13</sup>.

El proyecto en cuestión se encuentra sin mayor avance en su tramitación en la Cámara de Diputados, salvo en cuanto a la decisión de la Comisión de

<sup>12</sup> El proyecto Boletín N°10014-07 en cuestión se inició por moción de los diputados y diputadas Karol Cariola, Maya Fernández, Iván Fuentes, Cristina Girardi, Marcela Hernando, Giorgio Jackson, Yasna Provoste, Gaspar Rivas, Leonardo Soto y Camila Vallejo.

<sup>13</sup> Este, y un proyecto similar, pueden consultarse en el sitio web de la Cámara de Diputados de Chile ([www.camara.cl](http://www.camara.cl)), Boletines N°7769-07 y N°10014-07.

Constitución, Legislación y Justicia de refundirlo con el Boletín N°7769-07, ingresado mediante moción de fecha 7 de julio del 2011, de “reforma constitucional para establecer el plebiscito en temas de interés nacional”. Este proyecto anterior tiene una finalidad distinta, más amplia aun en el alcance de los plebiscitos como instancias de consulta popular, al menos en su motivación<sup>14</sup>.

En cualquier caso, el proyecto de la “Bancada Transversal” tiene su origen en las ideas expuestas públicamente en un trabajo del jurista Fernando Atria, que entre varias ideas planteadas sobre el tema, ha ideado un plebiscito constituyente que se encontraría, según el autor, blindado frente a los controles de regularidad constitucional, al ser convocado en la propuesta por el Presidente de la República con acuerdo de ambas cámaras del Congreso Nacional<sup>15</sup>. En concreto, el profesor Atria postula modificar el N°4 del artículo 32 de la Constitución, estableciendo la atribución presidencial para convocar al “plebiscito en el caso de reforma constitucional”. Ello se realizaría de

<sup>14</sup> El proyecto de reforma constitucional Boletín N°7769-07 tiene su origen en la moción de un grupo curiosamente más “transversal”, formado por los diputados y diputadas Sergio Aguiló, Cristina Girardi, Felipe Harboe, Tucapel Jiménez, Roberto León, Karla Rubilar, Marcelo Schilling, Alejandra Sepúlveda, Guillermo Teillier y Pablo Velásquez. Su texto es el siguiente:

Art. 1º.- Para agregar en siguiente Capítulo XVI nuevo en la Constitución Política de la República.

#### Capítulo XVI - Del Plebiscito

Art. 130 - Se podrá consultar a la ciudadanía, a través del plebiscito, por diversos temas de interés público, el que será convocado por el Presidente de la República, por las dos quintas partes de alguna de las ramas del Congreso Nacional, o por la solicitud al Servicio Electoral de un número no inferior de quinientas mil firmas acreditadas de ciudadanos.

El quórum de aprobación del plebiscito será la mayoría absoluta de los votos válidamente emitidos. Una ley orgánica constitucional, regulará el procedimiento y sus efectos vinculantes. Se entenderá que existe interés nacional, especialmente, en los casos de amenaza, perturbación o privación de los derechos garantizados en los numerales 8, 9, 10, 11, 12, 13, 16, 18, 19, 23 y 24 del artículo 19 de esta Constitución.

Art. 2º.- Para agregar en el Capítulo XV de la Constitución Política de la República el siguiente art. 129 bis.

Art. 129 bis. - Sin perjuicio de lo anterior, también procederá el plebiscito respecto de materias propias de una reforma constitucional siempre que el proyecto hubiese sido rechazado con al menos el voto favorable de la mayoría de los miembros en ejercicio de alguna de las cámaras. El plebiscito a que se refiere el inciso precedente podrá ser convocado por el Presidente de la República, por las dos quintas partes de alguna de las ramas del Congreso Nacional, o por la solicitud al Servicio Electoral de un número no inferior de quinientas mil firmas acreditadas de ciudadanos.

El quórum de aprobación del plebiscito será la mayoría absoluta de los votos válidamente emitidos. En caso de alcanzar el quórum precedente se entenderá aprobada la reforma constitucional.

<sup>15</sup> Fernando Atria, “La Constitución trampa y la responsabilidad del jurista”, op. cit., pp. 40-47.

esta forma por cuanto la reforma del capítulo IV de la Carta (del cual forma parte el señalado artículo 32) requiere solo un quórum reforzado ordinario de tres quintas partes de diputados y senadores, frente a las dos terceras partes que requiere la reforma del capítulo XV, que trata de la “Reforma de la Constitución”.

Sin embargo, debemos señalar que se observa en la propuesta de un “plebiscito constitucional” –en cualquiera de las formas propuestas– algunos flancos críticos, y un cierto tufillo a “resquicio constitucional”<sup>16</sup>.

En primer lugar, la idea está imbuida de un vértigo plebiscitario propio de una “democracia plebiscitaria”. El mecanismo plebiscitario quedaría abierto no solo a un proceso constituyente, sino eventualmente para gobernar cotidianamente bajo esta pulsión. De la democracia plebiscitaria<sup>17</sup> es fácil pasar en ocasiones a cesarismos o autoritarismos ajenos al *mixtum representativo-participativo* del modelo democrático pluralista en el que se inspira el discurso de nueva Constitución. En segundo lugar, el “plebiscito constitucional” se verifica en el esquema de sufragio automático y voluntario, pudiendo una baja participación popular privar o cuestionar la legitimidad democrática del proceso constituyente<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Si bien “resquicio” pudiera aparecer como un concepto ambivalente, la Real Academia Española la define como “hendidura pequeña”. Así, tal y como señalara en su momento Eduardo Novoa, “Resquicio no significa como “El Mercurio” y otros oponentes de tono menor lo dan a entender truculentamente, para sorprender a incautos, algo tortuoso o retorcido, ni tiene el sentido de triquiñuela legal o subterfugio tintirillesco. Resquicio es una abertura pequeña”. Eduardo Novoa, Carta al diario *El Mercurio*, publicada el 4 de octubre de 1972.

<sup>17</sup> Alain Rouquié, *A la sombra de las dictaduras. La democracia en América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011. También se puede revisar Francisco Zúñiga Urbina, “Minuta: Proyectos de reforma constitucional que otorga autonomía constitucional al Servicio Electoral, Boletín Nº10055-07 y para establecer el plebiscito en temas de interés nacional, Boletines Nº7769-07 y Nº10014-07”, p. 9.

<sup>18</sup> Puede ser útil recordar la distinción para el derecho público de los conceptos de referéndum y plebiscito. En los términos usados en el mismo documento citado (p. 10): “En razón de la materia objeto de la técnica de participación popular, se distingue entre referéndum constitucional, referéndum legal, y referéndum financiero; en razón de su fundamento jurídico se distingue entre referéndum facultativo (cuando su iniciativa depende de una autoridad competente para ello, sean poderes públicos o una fracción del electorado que corresponda) y referéndum obligatorio (cuando es impuesto por la Constitución como requisito necesario para la validez de ciertos actos estatales); y en relación con su operatoria o eficacia jurídica puede ser referéndum consultivo (cuando el resultado de la consulta no tiene carácter vinculante para las autoridades concernidas) y referéndum de ratificación o sanción (cuando es preciso el empleo de esta técnica para la sanción de una reforma constitucional, ley o medida de la autoridad, sustituyendo el referéndum a la sanción)”.

Por su parte, “el plebiscito es una voz latina (*plebiscitum*) que significa decreto del pueblo, es decir, un decreto emanado de los comicios de la plebe (*concilium plebis*), y que pasa a las

En efecto, si bien la “Bancada Transversal de Diputados y Diputadas por una Asamblea Constituyente” ha rechazado expresamente la idea de transformar al país en una “democracia plebiscitaria” –señalando que el texto de su proyecto de reforma, de aprobarse, importaría que los nuevos plebiscitos podrían convocarse solo en caso de estar de acuerdo en su realización el Presidente de la República y ambas cámaras del Congreso Nacional–, lo cierto es que su aprobación significaría abrir tal posibilidad, pues importaría debilitar el rol de contralor de los actos del Poder Ejecutivo del Congreso Nacional, permitiendo que la mayoría de las cámaras se conviertan en cómplices de una política destinada a aplastar irregularmente a la minoría política.

En tercer lugar, hay que hacer una observación de racionalidad política: si el proceso constituyente coincide con un proceso político en que la acumulación de fuerzas permite reformar la Constitución para introducir el “plebiscito constitucional”, derechamente los impulsores de tal reforma en la cámara baja del Congreso Nacional deberían convocar a la elección de una asamblea constituyente, abriendo el proceso al poder constituyente originario. El poder constituyente originario, como hemos sostenido en otros lugares, goza de una legalidad-legitimidad *in fieri*, y simplemente depende de un paralelogramo adecuado de fuerzas y de conflicto, no requiriendo de buscar una legitimidad inconsistente con la legalidad constitucional que fenece. Como ya he señalado previamente:

[E]l ejercicio del poder constituyente originario a través de procedimientos democráticos tales como la asamblea constituyente, congreso constituyente y el referéndum constituyente, escapa a la ‘competencia de la competencia’, se somete a una ‘legalidad’, ‘legalidad constitucional’ o juridicidad *in fieri*, contando incluso en ocasiones con eslabones con el orden constitucional que fenece o sus poderes constituidos, pero al estar fuera de las reglas de competencia de la Constitución, su ejercicio solo se somete a los controles sociales y políticos imperantes, y no a los controles de juridicidad (...). Luego, más allá del análisis del ordenamiento jurídico y su modo de producción normativa, del derecho anterior; la legalidad-constitucionalidad del ejercicio del poder constituyente originario (órganos e investidura, competencias,

Asambleas Medievales bajo la forma de decisiones de representantes “referiendo” el asunto a sus mandantes y bajo reserva de aprobación (*at referendum*). En el derecho público moderno el plebiscito es la consulta directa y excepcional que se hace al pueblo acerca de una medida fundamental o cuestión vital del Estado, no afectando a la legislación (plebiscito nacional) o sobre su voluntad de independencia o anexión (plebiscito internacional)”.

procedimientos y actos o decisiones estatales) se construye en el proceso mismo, y lo propio ocurre con sus controles<sup>19</sup>.

## V. LA NUEVA CONSTITUCIÓN EN EL PROGRAMA DE GOBIERNO DE LA PRESIDENTA BACHELET

Como ya se anotó, el Programa de Gobierno ofrecido al electorado durante la última campaña electoral por la actual Presidenta de la República contiene varias ideas que, aunque se ha señalado su carácter elemental, determinan el contenido y las características del procedimiento que se seguirá en el proceso constituyente que se pretende impulsar. Así, se parte de la idea de que la actual Constitución, incluso con las múltiples modificaciones que ha sufrido, “está sustentada en una desconfianza a la soberanía popular; de allí las diversas limitaciones a la voluntad popular mediante los mecanismos institucionales de contrapesos fuertes a dicha voluntad, siendo el ejemplo más evidente el mecanismo de los quórum contra mayoritarios para la aprobación y modificación de las leyes importantes”<sup>20</sup>. Por ello, se continúa más adelante, “Chile debe reencontrarse con sus tradiciones republicanas y dar origen a la Nueva Constitución, en la que confluyan las tradiciones liberal, democrática y social y que sea fruto de un auténtico consenso constitucional”<sup>21</sup>. Así, se ve que la idea central subyacente a la nueva Constitución es superar la vieja Constitución, estatuto del poder otorgado, autoritario en lo político y neoliberal en lo económico; con nula legitimidad democrática de origen, al estar fundada en un “fraude” plebiscitario<sup>22</sup> y adicionalmente estar aquejada de una muy parcial e insatisfactoria legitimidad de ejercicio determinada por el “falso consenso” que atraviesa el ciclo reformador que se inicia en 1989.

El Programa agrega que la nueva Constitución “deberá sustentarse en nuestras mejores tradiciones democráticas; en el desarrollo doctrinal y experiencias de las democracias modernas del mundo occidental; y en el conjunto de derechos, principios y normas plasmados en el derecho internacional de derechos

<sup>19</sup> Francisco Zúñiga Urbina, “Poder constituyente, Derecho Constitucional Transitorio y Controles”, en Francisco Zúñiga Urbina, (coord.), *Nueva Constitución y momento constitucional. Visiones, antecedentes y debates*, Santiago, Legal Publishing-Thomson Reuters, 2014, p. 123.

<sup>20</sup> Chile de todos. *Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018*, s.e., 2013, p. 30.

<sup>21</sup> Ídem.

<sup>22</sup> Claudio Fuentes, *El fraude*, Santiago, Editorial Hueders, 2014.

humanos”<sup>23</sup>. Por ello, el Programa da a continuación especial importancia a las características y contenidos mínimos que debiese tener su catálogo de derechos humanos reconocidos, sujetos a los “principios y convenciones internacionales” y propendiendo a su “progresividad, expansividad y óptima realización posible”<sup>24</sup>; y luego, a los elementos que debiese tener el sistema político de un Chile que se constituya en un efectivo Estado Social y Democrático de Derecho.

En consonancia con la aspiración de contar con una Constitución cuyo contenido cumpla con todas esas características, y con la constatación de que el “reclamo por una nueva Carta Fundamental no es un prurito de especialistas ni la obsesión de élites sobre ideologizadas” sino “un objetivo planteado desde larga data por sectores democráticos, y levantado actualmente por una gran cantidad de organizaciones políticas, sociales, juveniles, regionales, sindicales, de género y representativas de pueblos indígenas”<sup>25</sup>, es que el Programa opta por un proceso constituyente que sea “democrático, institucional y participativo”<sup>26</sup>.

Si bien tales caracteres son muy brevemente desarrollados sí aclaran cuestiones fundamentales: en cuanto democrático, en el proceso deben escucharse todos los puntos de vista, hacerse presentes todos los intereses legítimos y respetarse los derechos de todos los sectores; en cuanto participativo, debe buscarse que la ciudadanía participe activamente no solo mediante la aprobación del texto, sino también en su discusión, lo cual supone “aprobar en el Parlamento aquellas reformas que permitan, precisamente, una deliberación que satisfaga esta condición”<sup>27</sup>, requisito que, como señalé más arriba, se cumplió mediante la reforma al sistema de generación de sus integrantes.

De estas tres características, quizá la más polémica es aquella que opta por un proceso institucional. Para algunos, al parecer, ello implica la opción por parte de la Presidenta de la República de apegarse estrictamente a las normas que sobre reforma constitucional dispone el texto vigente de la Carta Magna. Sin embargo, si se atiende a lo señalado por el propio Programa, se ve que la

<sup>23</sup> Chile de todos. *Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018*, s.e., 2013, p. 30.

<sup>24</sup> Ídem.

<sup>25</sup> Chile de todos. *Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018*, s.e., 2013, p. 30.

<sup>26</sup> Chile de todos. *Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018*, s.e., 2013, p. 35.

<sup>27</sup> Ídem.

idea que se busca transmitir, si bien cercana, no es necesaria o exactamente esa<sup>28</sup>. Al respecto, recordemos, dice:

El logro de una Nueva Constitución exigirá de todas las autoridades instituidas en una disposición a escuchar e interpretar la voluntad del pueblo. La Presidencia de la República y el Congreso Nacional deberán concordar criterios que permitan dar cauce constitucional y legal al proceso de cambio; y que permitan la expresión de la real voluntad popular en el sentido de los cambios<sup>29</sup>.

Así pues, como se ve, la intención del Programa es generar una nueva Constitución que sea un acuerdo básico de convivencia democrático y legítimo de nuestra sociedad, en que todos sean escuchados: una Constitución democrática debe ser una suerte de gran contrato social que nos reúna a todos y, en tal sentido, se opta no por un proceso unilateral en que se busque aplastar adversarios, sino de abrir, entre Gobierno y Congreso Nacional, los canales para que toda la ciudadanía (y no solo los partidos e intereses representados en el Parlamento) discuta y acuerde su Carta Fundamental. Por ello, no necesariamente se utilizará el mecanismo actualmente previsto en la Constitución; si este es insuficiente para permitir tal discusión amplia y participativa, deberán reformarse o crearse los procedimientos que la hagan posible.

<sup>28</sup> Buscando interpretar lo señalado por el Programa de Gobierno de la Nueva Mayoría sobre el carácter institucional del proceso constituyente, Fernando Atria señala que “la dimensión institucional de este procedimiento no puede implicar que esa nueva constitución sea generada mediante el ejercicio de potestades ordinarias de reforma constitucional (las contenidas en el artículo 127 del texto constitucional), porque ello arrojaría como resultado (y esto después del 2005 no es sorpresivo) nada más que una reforma constitucional, tanto en términos jurídicos como en términos sustantivos (...). El dilema [...] si mediante el ejercicio ordinario de las potestades de reforma constitucional, no hay solución al problema, porque ahí se aloja la neutralización; si es extra institucional, no hay solución al problema, porque es políticamente inviable (...). Y la pregunta, naturalmente, es si hay algún procedimiento que no caiga en ninguna de estas dos descripciones. Es decir, que no sea ‘extra institucional’ (para que sea viable) pero tampoco sea ‘ejercicio de poderes regulares de reforma’ (para que pueda solucionar el problema) (...). Yo creo que eso es lo que ocurre con el plebiscito constitucional (...). Habiendo aclarado eso, ahora podemos decir: que una estrategia ‘extra institucional’ sea políticamente inviable hoy significa que la nueva constitución tendrá que tener un momento de validación institucional, un momento en que el procedimiento de que se trate sea reconocido conforme a la institucionalidad vigente”. Fernando Atria, “Nueva Constitución y poder constituyente: ¿qué es ‘institucional’?”, texto inédito en base a ponencias en seminario “Nueva Constitución: hacia un pacto nacido en democracia” (organizado por el Instituto Igualdad) y en el coloquio “Democracia y poder constituyente”, organizado por la Universidad Adolfo Ibáñez.

<sup>29</sup> Ídem.

En efecto, luego de que las ideas plasmadas en el Programa de Gobierno fueran aterrizadas desde el pasado 13 de octubre del 2015 con el mensaje de la presidenta Michelle Bachelet, se ha determinado que el proceso finaliza, luego de la realización de los diálogos ciudadanos y la entrega de las Bases Ciudadanas como proyecto de nueva Constitución al Congreso de la República, en alguna de las siguientes propuestas, como se señaló en dicho mensaje:

Sin embargo, no basta con tener un proceso participativo y un proyecto para que la nueva Constitución sea realidad, pues la actual Constitución no contempla mecanismos para elaborar una nueva Carta Fundamental.

Por eso necesitamos darle un cauce institucional dentro de nuestra actual legislación, para que sea viable. Por eso, a fines del 2016 enviaremos al Congreso un proyecto de reforma de la actual Constitución para que, por dos tercios de sus miembros en ejercicio, establezca los procedimientos que hagan posible dictar una nueva Carta Fundamental.

En esta reforma, propondremos al actual Congreso que habilite al próximo para que sea él quien decida, de entre cuatro alternativas, el mecanismo de discusión del proyecto enviado por el Gobierno y las formas de aprobación de la nueva Constitución.

La primera alternativa es formar una Comisión Bicameral de senadores y diputados; la segunda, formar una Convención Constituyente mixta de parlamentarios y ciudadanos; la tercera es la convocatoria a una Asamblea Constituyente. También propondremos una cuarta alternativa, en la que el Congreso pueda convocar a un plebiscito, para que sea la ciudadanía la que decida entre las anteriores alternativas.

La decisión del mecanismo recaerá en el nuevo Parlamento elegido en el 2017, con el nuevo sistema electoral que aprobamos este año, con una nueva ley de partidos y una ley de financiamiento electoral. Es decir, dotado de mayor legitimidad, representatividad y transparencia.

Propondremos que esa decisión pueda tomarla el Congreso por una razonable mayoría de tres quintos.

Esta reforma constitucional es un paso necesario y de la mayor importancia. Ella abrirá, por fin, el camino que nos permita tener una Constitución verdaderamente de todos y para todos<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> Ídem.

La última etapa es la ratificación por parte de los ciudadanos del proyecto que emane del órgano encargado de la discusión del proyecto, determinado previamente por el Congreso Nacional: “Finalmente, este proyecto, una vez sancionado por dicha instancia, deberá ser sometido a un plebiscito vinculante, para su ratificación por parte de los ciudadanos”<sup>31</sup>.

El itinerario del proceso constituyente ha sido desarrollado hasta ahora de la siguiente forma:

### **a. Educación cívica y constitucional**

Una vez realizado el anuncio por la presidenta Michelle Bachelet se iniciaron campañas, publicaciones y jornadas de educación cívica de diversos contenidos que promovieran y garantizaran la participación informada de todas las personas en las etapas siguientes del proceso.

### **b. Encuentros locales auto convocados y participación individual**

El 13 de abril del presente año se dio apertura a esta etapa del proceso con los “Encuentros Locales Auto convocados” (ELA), los cuales incorporan la discusión pública de la ciudadanía sobre los asuntos constitucionales, recogiendo las ideas, acuerdos y propuestas surgidos del debate y discusión sobre la Constitución en torno a tres temas de conversación, a saber, valores y principios; deberes, derechos y responsabilidades; e Instituciones del Estado. A nivel nacional se realizaron un total de 7.461 encuentros, concentrándose en su mayoría en la Región Metropolitana, mientras que en el extranjero se realizaron 114 encuentros.

Por otro lado, la participación en esta primera etapa del proceso constituyente podía realizarse también de forma individual, contestando una consulta en línea con cinco preguntas sobre derechos, deberes, instituciones del Estado y principios, mecanismo que tuvo un total de 82.993 ciudadanos participantes.

El Comité de Sistematización<sup>32</sup>, órgano colegiado encargado de analizar y sistematizar los resultados de los cabildos, entregó los primeros resultados de la etapa local del proceso constituyente en julio de este año.

<sup>31</sup> Ídem.

<sup>32</sup> El Comité de Sistematización es un cuerpo colegiado y autónomo de especialistas en análisis y sistematización de contenidos. Dicho comité tiene la responsabilidad de diseñar e implementar

En cuanto a la consulta relacionada con los valores y principios que debieran estar presentes en la nueva Carta Fundamental, aquellos con mayores menciones fueron los de justicia (55,6%), respeto o conservación de la naturaleza o medio ambiente (52,9%), democracia (52,9%), igualdad (52,2%) y descentralización (42,1%)<sup>33</sup>.

En cuanto a los derechos, las menciones observadas revelan que los conceptos que tuvieron mayor acogida fueron los derechos a la salud (76%), a la educación (74,7%), igualdad ante la ley (37,5%), a la vida (35,5%) y derecho a la vivienda digna (33,6%)<sup>34</sup>.

Respecto a los deberes y responsabilidades más mencionados, encontramos los deberes de protección de conservación de la naturaleza (82,4%); protección, promoción y respeto de los derechos humanos y fundamentales (82,2%); respeto por la Constitución (67,4%); de protección y conservación del patrimonio histórico y cultural (64,7%), y deber de respeto de derechos de otros (63,7%)<sup>35</sup>.

Por último, respecto a las instituciones, las menciones que fueron más recurrentes en los cabildos locales fueron en primer lugar las de plebiscitos, referendos y consultas (70,9%), Congreso o Parlamento (54,7%), defensor del Pueblo/Ciudadano (47,2%), Poder Judicial (41,2%), Fuerzas Armadas (40,9%).

### c. Encuentros provinciales

Una vez cerrada la fase de encuentros locales, el día 23 de julio<sup>36</sup> se realizaron encuentros a cargo de los gobiernos provinciales del país con una participación de casi 13.000 personas en 51 instancias, en una dinámica similar a la de los encuentros locales, sobre las temáticas más votadas en la instancia anterior y con la posibilidad de proponer otras nuevas.

Resulta igualmente interesante recoger algunas de las primeras impresiones de los cabildos provinciales en base al análisis que ha realizado el Comité

la metodología de sistematización de las instancias participativas del proceso constituyente con los más altos estándares técnicos.

<sup>33</sup> Los porcentajes se refieren al total de encuentros locales donde cada concepto fue mencionado. Disponible en: [http://www.sistematizacionconstitucional.cl/app/uploads/2016/07/fase\\_local-total.pdf](http://www.sistematizacionconstitucional.cl/app/uploads/2016/07/fase_local-total.pdf), p.6.

<sup>34</sup> Ibíd., p. 12.

<sup>35</sup> Ibíd., p. 21.

<sup>36</sup> A excepción de la Región de Magallanes, donde los encuentros fueron realizados el día 16 de julio.

de Sistematización. Así, en el punto de valores y principios, los temas con mayor número de menciones son democracia (98%), justicia (95,4%), igualdad (95,3%), descentralización (95%) y respeto a la conservación del medio ambiente (95,3%)<sup>37</sup>.

Por otro lado, dentro de los derechos que se consideró deben ser incluidos dentro de la nueva Carta Fundamental, los que tienen mayores menciones en los cabildos a nivel nacional fueron derecho a la educación (97,4%), a la salud (94,2%), a la vivienda digna (86,4%), igualdad ante la ley (85,4%) y a la vida (83,7%)<sup>38</sup>.

Ahora, en cuanto a los deberes y responsabilidades, los resultados incluyen los deberes de protección de conservación de la naturaleza (99,7%), respeto por la Constitución (91,8%), protección y promoción de los derechos humanos y fundamentales (91,8%), respeto de derechos de otros (89,6%) y protección y conservación del patrimonio histórico y cultural (88,1%)<sup>39</sup>.

Dentro del ítem de instituciones, plebiscito es la que tuvo mayores menciones del total de mesas de los cabildos provinciales con un total de 647, lo que corresponde a un 98,6%, versus las 394 menciones de la Asamblea Constituyente que corresponde al 60,1% de las mesas<sup>40</sup>.

#### d. Encuentros regionales

El día 6 de agosto se realizaron los cabildos o encuentros regionales, última etapa del proceso de los diálogos ciudadanos, en todas las capitales regionales del país. Estos encuentros se realizaron de forma abierta, pudiendo asistir cualquier persona para dialogar sobre los acuerdos provinciales o generar nuevos acuerdos de carácter regional.

Ya obtenidos los acuerdos de los diversos niveles de participación y resumidos en los encuentros regionales, se formarán a nivel nacional las ‘Bases Ciudadanas

<sup>37</sup> Los porcentajes se refieren al total de mesas en donde cada concepto fue mencionado. Resultados Cabildos Provinciales, total país. Comité de Sistematización, agosto 2016. Disponible en: [http://www.sistematizacionconstitucional.cl/app/uploads/2016/08/cabildos\\_provinciales-total\\_pais.pdf](http://www.sistematizacionconstitucional.cl/app/uploads/2016/08/cabildos_provinciales-total_pais.pdf), p. 4.

<sup>38</sup> Ibíd., p. 9.

<sup>39</sup> Ibíd., p. 15.

<sup>40</sup> Ibíd., p. 17.

para la Nueva Constitución’, que serán entregadas a la presidenta Michelle Bachelet en los próximos meses.

#### e. Bases ciudadanas y próximas fases

Estas bases ciudadanas se transformarán en un proyecto de nueva Constitución, que será presentado ante el Congreso de la República. Posteriormente, como ya fue señalado, el itinerario contempla que a fines del 2016 se envíe al Congreso un proyecto de reforma constitucional, que establezca los procedimientos para una nueva Constitución entre cuatro alternativas (comisión bicameral, convención constituyente de parlamentarios y ciudadanos, asamblea constituyente o plebiscito que permita decidir a la ciudadanía entre las otras tres alternativas).

El proceso finaliza con la aprobación del proyecto por los ciudadanos, a través de un plebiscito vinculante.

### VI. LA CUESTIÓN DE LA LEGITIMIDAD DE LA VIEJA Y LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Llegados a este punto, parece central definir los términos de la debatida cuestión de la legitimidad de la actual Constitución y de la nueva Carta que sea el fruto de la convocatoria de la presidenta Bachelet. Al respecto, hay que ser enfáticos en que el subyacente pacto político institucional a una nueva Constitución, que le confiere un plus de legitimidad, debe asentarse en la superación de la lógica del “falso consenso”, tan propia del antiguo ciclo reformista, para enfrentarse a una “hoja en blanco” a fin de pensar, deliberar, escribir una nueva Constitución desde un auténtico consenso y también desde el disenso; y al mismo tiempo debe conscientemente esquivar la ‘trampa del consenso’ (Th. Darnstädt) impuesta desde reglas procedimentales (quórum reforzado ordinario y extraordinario) de reforma constitucional que habilitan el voto o bloqueo de una minoría calificada<sup>41</sup>.

En este orden de ideas, se hace necesario superar la concepción defensiva o numantina de la Constitución vigente como soporte institucional de la paz

<sup>41</sup> Thomas Darnstädt, *La trampa del consenso* (estudio y traducción de Francisco Sosa Wagner), Madrid, Editorial Trotta, 2005, pp. 237-240.

y prosperidad del país en las últimas décadas, y como “seguro” (Ginsburg) de un cierto sector de la sociedad política frente a otro. También se hace necesario superar una idea anticuada de consenso revestida de actitudes melifluas, condescendientes, bajo la apariencia de “realismo” estratégico frente a la “sombra de la dictadura” proyectada en la permanencia de Pinochet en la escena política como comandante en jefe del Ejército o capturada ideológicamente por el “fin de la historia” (el capitalismo financiero global y su ideología), pregonada con fuerza a partir de 1989 que conlleva un cierto “gatopardismo” en la práctica política y sus resultados<sup>42</sup>.

En definitiva, el actual debate constituyente y su momento se sitúan, como señalé al principio de estas líneas, en un nuevo ciclo, que requiere renovar la política en su calidad, usos y ritos, superando el frenesí transaccional y gatopardista del ciclo anterior y, en gran medida, una renovación, parcial al menos, de las élites políticas<sup>43</sup>.

Debo aclarar, sin embargo, que el juicio crítico a la “política de los acuerdos”, a la “democracia de los acuerdos” o al “frenesí transaccional”, no se extiende a los acuerdos o consensos, dado que la construcción de consensos e identificación de disensos es propia de la política democrática, acoplada a los momentos de conflicto e integración<sup>44</sup>; y necesaria como factor atemperador de todo el proceso político. La crítica es al tipo de acuerdos, cuyo parte es resultado de la “trampa del consenso” y del “falso consenso”, tipos de acuerdos que imprimen su sello a las numerosas reformas constitucionales introducidas a la Constitución de 1980; y que terminan reduciendo a un mínimo la “legitimidad de ejercicio” del estatuto del poder por obra de reformas constitucionales que se inician en 1989.

## VII. CONCLUSIONES

El itinerario del proceso constituyente ya ha avanzado en sus fases de educación cívica y constitucional, de diálogos ciudadanos en cada una de sus etapas territoriales y actualmente estamos a la espera de que durante

<sup>42</sup> Tom Ginsburg, “¿Fruto de la parra envenenada? Algunas observaciones comparadas sobre la Constitución chilena”, *Estudios Públicos*, N°133, Santiago, CEP, 2014, pp. 1-36.

<sup>43</sup> Véase Agustín Squella, “Desacuerdos constitucionales”, *Revista de Ciencias Sociales*, N°67, 2015, pp. 177-192.

<sup>44</sup> Maurice Duverger, *Introducción a la política*, Barcelona, Editorial Ariel, 1997.

octubre sean presentadas las Bases Ciudadanas que se transformarán en un proyecto de nueva Constitución.

Tal y como se definió en el Programa de Gobierno de la presidenta Bachelet, el proceso constituyente requiere ser institucional, democrático y participativo, lo que debe caracterizar el cambio, sea que la nueva Constitución sea el fruto del poder constituyente derivado (vía reforma total de la vieja Constitución por el Congreso Nacional) o del poder constituyente originario (mediante la convocatoria de un congreso constituyente, una asamblea constituyente o un referéndum constituyente, en cualquier caso, no previstos por la Constitución vigente).

El camino de la reforma total y de la “reforma a la reforma” (esto es, la reforma al capítulo XV de la Constitución o las propuestas que buscan esquivar su quórum especial mediante la reforma de otros capítulos constitucionales), que se encuentran radicados en el Congreso Nacional, poseen la prioridad político estratégica hoy. Sin embargo, ello no implica –en ningún caso– desahuciar *a priori* otros caminos y mecanismos.

La reforma total (poder constituyente derivado) es un camino posible dado que el capítulo XV de la Constitución no impone límites materiales (explícitos o implícitos) y temporales, excluyendo además su justiciabilidad por el Tribunal Constitucional (la que se limita a la constitucionalidad de forma según lo prevenido en el artículo 93 N°3 de la Carta), y solo impone un límite formal de quórum reforzado ordinario y extraordinario más las reglas del iter reformador (reglas propias y reglas supletorias del iter legis).

La “reforma de la reforma” es un cambio a la regla de competencia de la competencia, dado que se traduce en una modificación al capítulo XV de la Constitución, para rebajar los quórum reforzados, y ajustar el procedimiento a estándares deliberativos, participativos y decisarios democráticos, y que introduce la figura de un referéndum de reforma (en dos hipótesis), el cual debe prever sufragio obligatorio del cuerpo electoral, confiriéndole a la soberanía popular un doble rol político fundamental: primero, de árbitro ante un conflicto de poderes en la reforma en sus trámites y, segundo, decisor de la misma reforma total una vez concluidos los trámites preceptivos.

En efecto, si la nueva Constitución es fruto del poder constituyente derivado, puede incorporar el referéndum constituyente como mecanismo doble, tanto para resolver los conflictos de bloqueo entre los órganos que ejercen la potestad constituyente (la Presidenta de la República, el Congreso

Nacional y sus cámaras), en cualquier etapa del *iter* procedural (trámites constitucionales), como para obtener la ratificación del obrar constituyente de los poderes instituidos por la soberanía del pueblo, una vez concluidos los trámites constitucionales, y antes de la ley promulgatoria de la reforma constitucional. Sin embargo, la incorporación de tal mecanismo debe hacerse de forma cuidadosa, prestándose suma atención a la redacción de la regla correspondiente, de forma tal que importe mantener los debidos equilibrios entre los poderes del Estado y no caer en una vorágine que lleve al país a una democracia plebiscitaria.

En cualquier caso, el alumbramiento de la nueva Constitución debe contemplar mecanismos eficientes de estudio, deliberación y acuerdo tanto en el interior del Congreso Nacional como de participación y consulta de la ciudadanía y de los movimientos sociales a través de audiencias públicas. Estos mecanismos son de resorte reglamentario interno del Congreso Nacional, por lo que no deberían importar un escollo o impedimento procedural.

El ejercicio del poder constituyente derivado vía “reforma de la reforma” debe zafar de quórum reforzados ordinarios ( $\frac{3}{5}$  de parlamentarios en ejercicio) y extraordinarios ( $\frac{2}{3}$  de parlamentarios en ejercicio) que operan como una herramienta para el bloqueo decisional y los vetos de contenido en la reforma constitucional. Por ello, resulta razonable restituir en la “reforma de la reforma” el quórum reforzado de la Constitución de 1925 de mayoría absoluta de parlamentarios en ejercicio. De esta manera, la nueva Constitución superaría el déficit de legitimidad democrática de la vieja Constitución, pero además superaría el déficit democrático del poder constituyente derivado de la Constitución vigente.

En segundo lugar, la nueva Constitución, sea fruto del poder constituyente derivado o del poder constituyente originario, debe estar soportada sobre un gran acuerdo nacional acerca de sus “bases”, acuerdo que debe reflejar en la mayor medida de lo posible el pluralismo político e ideológico de la sociedad. La idea de acuerdo o pacto nacional de tipo político-constitucional subyacente a la nueva Constitución le conferiría un plus de legitimidad y estabilidad normativa real. Primordialmente, tal acuerdo nacional debe ser gestado en el Congreso Nacional, si se opta por la reforma total de la vieja Constitución; en caso contrario, tal acuerdo debe ser gestado al interior del congreso constituyente o de la asamblea constituyente. Nuevamente, en cualquier caso, la sociedad civil y sus movimientos sociales deben participar y ser escuchados en la usina de la nueva Constitución y expresarse como

cuerpo electoral o ciudadanía a través de un referéndum constituyente final que se manifieste sobre la aprobación del texto redactado.

En la construcción de la real legitimidad democrática de una nueva Constitución, se hace necesario superar la lógica de la imposición o la fuerza desnuda, presente en la vieja Carta. La idea de pacto o acuerdo nacional de tipo político-constitucional (plural, deliberativo, transparente) está al servicio de esa legitimidad democrática tan necesaria para un efectivo “patriotismo constitucional”<sup>45</sup>.

La nueva Constitución debe ser fruto, en cuanto a sus contenidos dogmáticos (es decir, relativos a los derechos asegurados por la propia Carta) y orgánicos (referidos a la distribución del poder del Estado), de la apertura del techo ideológico de la Carta, recepcionando las grandes culturas e ideologías constitucionales de la modernidad: constitucionalismo liberal, constitucionalismo democrático y constitucionalismo social.

El proceso constituyente iniciado bajo el actual gobierno de la presidenta Bachelet, cuyo balance provisional es positivo, generando una participación (diálogo) ciudadano relevante, y cuyo resultado serán las “Bases Ciudadanas”, que se traducirán probablemente en sendos proyectos de reforma constitucional: uno de reforma de la reforma y otro de nueva Constitución. Sin embargo, este proceso presenta un problema basal de tipo político temporal que es divorcio del proceso constituyente y de la decisión constituyente. El resultado probable es alejar del horizonte un cambio constitucional.

Ahora bien, la conclusión definitiva que debemos tener presente sobre la materia es que, puestos frente al caleidoscopio de propuestas de mecanismos para desatar el proceso constituyente, se encuentra la “tosca materia”: la política y proceso político real, la facticidad y su “fuerza normativa”, que determinarán las claves del proceso constituyente y la graduación del “momento constitucional”<sup>46</sup>. El porvenir del “momento constitucional” por el que atraviesa nuestro país y las posibilidades concretas de la operación constituyente de tener éxito en nuestro proceso político tendrán su palabra a través del tiempo, dependiendo, finalmente, de la política o facticidad<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Dolf Sternberger, *Patriotismo constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001; Jürgen Habermas, *La necesidad de revisión de la izquierda*, Madrid, Tecnos, 1991.

<sup>46</sup> Norberto Bobbio, *Teoría general de la política*.

<sup>47</sup> Bruce Ackerman, *El futuro de la revolución liberal* (traducción de J. Malem), Barcelona, Edit. Ariel, pp. 55-61.

Como señalé en un trabajo previo escrito hace dos años:

Con todo, puede ocurrir que la soberanía de la Constitución no pueda ser salvada, ya no por sus ‘guardianes togados’ o guardianes a secas, sino por un proceso constituyente de cambio en que la política (facticidad) puede más que el derecho (normatividad); y en tal caso es la hora de la soberanía popular y del poder constituyente originario democrático o es la hora de las autorocracias, que abarcan una variopinta gama de regímenes desde los autoritarios hasta los totalitarios pasando por todo tipo de cesarismos y populismos<sup>48</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Ackerman, Bruce, *El futuro de la revolución liberal* (traducción de J. Malem), Barcelona, Edit. Ariel, 1996.
- Atria, Fernando, “Nueva Constitución y poder constituyente: ¿qué es ‘institucional’?”, texto inédito en base a ponencias en seminario “Nueva Constitución: hacia un pacto nacido en democracia” (organizado por el Instituto Igualdad) y en el coloquio “Democracia y poder constituyente” (organizado por la Universidad Adolfo Ibáñez), 2014.
- Atria L., Fernando, “La Constitución trampa y la responsabilidad del jurista”, en Francisco Zúñiga Urbina (coord.), *Nueva Constitución y Momento Constitucional. Visiones, antecedentes y debates*, Santiago, Legal Publishing-Thomson Reuters, 2014.
- Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- Darnstädt, Thomas, *La trampa del consenso* (estudio y traducción de Francisco Sosa Wagner), Madrid, Editorial Trotta, 2005.
- Duverger, Maurice, *Introducción a la política*, Barcelona, Editorial Ariel, 1997.
- Fuentes, Claudio, *El fraude*, Santiago, Hueders, 2014.
- Garretón, Manuel Antonio, “Crisis estructural y corrupción institucionalizada: ¿cómo se sale?”, *El Mostrador*, 27 de abril del 2015.
- Ginsburg, Tom, “¿Fruto de la parra envenenada? Algunas observaciones comparadas sobre la Constitución chilena”, *Estudios Públicos*, Nº133, Santiago, 2014.

<sup>48</sup> Francisco Zúñiga Urbina, “Poder constituyente, Derecho Constitucional Transitorio y Controles”, op. cit., p. 119.

- Habermas, Jürgen, *La necesidad de revisión de la izquierda*, Madrid, Tecnos, 1991.
- Hidalgo, Paulo, *El ciclo político de la Concertación (1990-2010)*, Santiago, Uqbar Editores, 2011.
- Rouquié, Alain, *A la sombra de las dictaduras. La democracia en América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.
- Sierra, Lucas (editor), *Diálogos constitucionales*, Santiago, Centro de Estudios Públicos, 2015.
- Squella, Agustín, “Desacuerdos constitucionales”, *Revista de Ciencias Sociales*, N°67, 2015, pp. 177-192.
- Sternberger, Dolf, *Patriotismo constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- Zúñiga Urbina, Francisco, “Comentario a la sentencia rol N°2777-15 del Tribunal Constitucional, sobre requerimiento de inconstitucionalidad del proyecto de reforma electoral (Boletín N°9326-07)”, *Revista de Derecho Público*, Departamento de Derecho Público, Universidad de Chile, N°82, 2015.
- Zúñiga Urbina, Francisco, *Nueva Constitución: Reforma y Poder Constituyente en Chile*, México DF, Editorial UNAM, 2014.
- Zúñiga Urbina, Francisco, “Poder constituyente, Derecho Constitucional Transitorio y Controles”, en Francisco Zúñiga Urbina (coord.), *Nueva Constitución y momento Constitucional. Visiones, antecedentes y debates*, Santiago, Legal Publishing-Thomson Reuters, 2014.
- Zúñiga Urbina, Francisco, “Reforma constitucional y legal a la fórmula electoral binomial en Chile”, *Revista Paraná Eleitoral: revista brasileira de direito eleitoral e ciência política*, vol. 2, N°3, 2013.

## ACTIVIDADES 2015

### 1. CURSO ACADEMIA JUDICIAL

El 24 de marzo y en el marco de perfeccionamiento 2015 de la Academia Judicial, se realizó el curso Filiación dirigido a los Miembros del Poder Judicial, el que estuvo a cargo de los profesores de Derecho Civil Rodrigo Barcia Lehmann y Gabriel Hernández Paulsen.

### 2. SEMINARIO “¿ES NECESARIO MODIFICAR EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL?”

El 1 de abril se realizó el seminario “¿Es necesario modificar el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental?”, abordando temas como la creación del SEIA, la visión del Estado, visión técnica y legal de los titulares de proyectos, visión de los consultores y de la sociedad civil. Los expositores fueron Pablo Daud, director de DAES Consultores; Jorge Troncoso, director del Servicio de Evaluación Ambiental; Jorge Lagos, gerente de Medio Ambiente y Comunicaciones de Codelco; Juan José Eyzaguirre, socio de Philippi, Prietocarriosa & Uría; Jorge Proust, socio de Proust Consultores; Jorge Bermúdez, profesor de Derecho Administrativo de la PUCV, y Flavia Liberona, directora Ejecutiva de Fundación Terram. El seminario fue moderado por Paula Gajardo y Patricio Walker.

### 3. CURSO DE LICENCIATURA

El 23 de marzo se dio inicio al “Curso de Licenciatura” dirigido a exalumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae. El curso es de carácter semestral y su objetivo es prepararlos para el examen de grado, abarcando las asignaturas de Derecho Civil y Procesal.

#### **4. MAGÍSTER EN DERECHO PÚBLICO**

El 7 de abril se dio inicio a la sexta versión del “Magíster en Derecho Público: transparencia, regulaciones y control”. Se imparte debido a la relevancia que ha tomado el derecho administrativo en los últimos años, en cuanto a la profesionalización de la política y los cargos de alta administración pública, la probidad y transparencia en el ejercicio de la función administrativa, la regulación de los servicios públicos y de los monopolios naturales; hace necesario crear un espacio para la especialización en estos temas, aportando en la formación teórica y práctica de quienes quieran ejercer o ejerzan su profesión, ya sea directamente o en calidad de asesor, en alguna de estas áreas. Su director administrativo es el profesor de Derecho Constitucional, Enrique Navarro Beltrán.

#### **5. MAGÍSTER EN DERECHO MINERO Y AGUAS**

El 10 de abril se inicia la segunda versión del “Magíster en Derecho Minero y Aguas”, el que está orientado a abogados y profesionales de otras áreas que se desempeñen en el campo de la minería, energía y en relación al uso de recursos hídricos. Surge ante la necesidad de preparación técnica y jurídica para los abogados que se desempeñen o quieran desempeñarse en estas materias, vinculadas a empresas mineras, proyectos eléctricos y/o derechos de aguas.

El postítulo en Derecho Minero se inicia el 17 de abril, igualmente en su segunda versión, el que surge debido a la importancia que representa la actividad minera para nuestro país, lo que implica constantes y nuevos desafíos y la necesidad de preparación técnica y jurídica. Los directores académicos son Alejandro Canut de Bon y Winston Alburquerque.

#### **6. MAGÍSTER EN MEDIO AMBIENTE**

El 10 de abril se da inicio a la cuarta versión del “Magíster en Medio Ambiente: gestión, evaluación y Derecho Ambiental”. Su importancia es debido a la creciente demanda por la explotación de los recursos naturales y la creciente conciencia ambiental de la comunidad nacional e internacional, generando la necesidad de modificar nuestra legislación y el diseño institucional adoptado, lo que sin duda ha implicado nuevos requerimientos y desafíos a la gestión

de la empresa privada, así como a las autoridades llamadas a implementar y aplicar estas nuevas disposiciones; por ello, su objetivo es identificar y analizar en profundidad los aspectos jurídicos, científicos, sociales y políticos que confluyen al momento de la evaluación ambiental de proyectos de inversión.

El postítulo en Evaluación Ambiental de Proyectos y Derecho Ambiental, igualmente en su cuarta versión, cuenta con cuatro módulos y su director académico, tanto en el magíster como en el postítulo, es el abogado Juan José Eyzaguirre.

## 7. MAGÍSTER EN DERECHO Y LITIGACIÓN PENAL

El 10 de abril se empieza a impartir la segunda versión del “Magíster en Derecho y Litigación Penal”, el que se sustenta en la formación de profesionales desde una visión integral que involucre el Derecho Penal como contenido y la litigación en la misma área como herramienta en la exposición de argumentos.

El postítulo en Derecho Penal, en su segunda versión, cubre varias áreas del Derecho Penal de importancia para el ejercicio de la profesión y en constante modificación legal, lo que hace necesaria una permanente actualización de los conocimientos y competencias profesionales que este postítulo pretende cubrir.

El director académico del magíster y postítulo antes mencionado, es el abogado Jean Pierre Matus.

El 24 de abril, se imparte la octava versión del Diplomado en Litigación Penal, el que surge a partir del interés y necesidad de preparación técnica y jurídica de los abogados que litigan oralmente ante los tribunales de justicia. La mayor celeridad de las actuaciones orales exige a los actores jurídicos un alto nivel de preparación que les permita tomar decisiones inmediatas en orden a obtener éxito en los litigios.

Los directores académicos de este programa son los abogados Matías Balmaceda y Eugenio Labarca.

## 8. PRESENTACIÓN LIBRO *PALABRA DE JUEZ*

El 19 de mayo fue el lanzamiento del libro *Palabra de juez*, del autor Marcos Libedinsky Tschorne. La obra fue comentada por Raúl Tavalori, profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Chile, y por José Rodríguez Elizondo, abogado, escritor, periodista y diplomático, profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Chile. La presentación fue moderada por Enrique Navarro Beltrán, director de Investigación y Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae.

## 9. DIPLOMADO EN PROBIDAD Y TRANSPARENCIA

El 26 de mayo se dio inicio a la séptima versión del “Diplomado en probidad y transparencia en la Administración Pública”, el que entrega las bases teóricas y prácticas necesarias para un adecuado cumplimiento de las normas conducentes al ejercicio de las funciones públicas, sometiéndose a los estándares imperantes de probidad y transparencia. Su director académico, Enrique Navarro Beltrán.

## 10. COLOQUIO DERECHO DE FAMILIA

El 1 de junio se realizó el coloquio “Derecho de Familia”, dirigido a alumnos de Derecho Civil de Cuarto Año, el que estuvo a cargo de los profesores Rodrigo Barcia y Juan Andrés Orrego de las Jornadas Diurna y Vespertina, respectivamente.

## 11. PRESENTACIÓN LIBRO *TEORÍA CONSTITUCIONAL. ENSAYOS ESCOGIDOS*

El 4 de junio se realizó el lanzamiento de *Teoría Constitucional. Ensayos escogidos*, libro coordinado por José Ignacio Núñez, profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae. La obra fue presentada por Gonzalo Pino, ministro del Excmo. Tribunal Constitucional de Chile; por Miguel Schweitzer, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae; por Enrique Navarro, director de Investigación y Publicaciones de la Facultad

de Derecho de la Universidad Finis Terrae, y por Tomás Jordán Díaz, profesor de Derecho Constitucional.

## **12. CURSO “LEY DE REORGANIZACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE ACTIVOS DE EMPRESAS Y PERSONAS”**

El 24 de junio, los exalumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, tuvieron la oportunidad de participar de este curso programado en doce horas cronológicas y dictado por Rocío Salazar, profesora de Derecho Comercial y Constitucional, y Diego Munita, profesor de Derecho Comercial y Derechos Corporativos.

## **13. PRESENTACIÓN *REVISTA DE DERECHO “DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES”***

El 28 de julio se realizó el lanzamiento de la *Revista de Derecho “Derechos y Garantías Constitucionales”*, presentada por Carlos Carmona Santander, presidente del Excmo. Tribunal Constitucional de Chile.

## **14. CHARLA “LA FORMACIÓN DEL ABOGADO”**

El 18 de agosto, el presidente de la Excma. Corte Suprema, Sergio Muñoz Gajardo, dictó una charla a los alumnos de la Facultad de Derecho sobre “La formación del abogado”, con la presencia, además, de autoridades de la Universidad, como vicerrector académico, secretario general y decano de la Facultad de Derecho.

## **15. PRIMERA JORNADA DE DERECHO DE LA EMPRESA**

El 1, 3 y 4 de septiembre se llevó a cabo la “Primera Jornada de Derecho de la Empresa”, la que contó con la participación de la superintendenta de Insolvencia y Reemprendimiento, Josefina Montenegro; presidente de la Comisión de Economía del Senado, Eugenio Tuna. Expositores extranjeros,

Francisco Mercadaly Miriam Cugat, de la Universidad Autónoma de Barcelona, y Gonzalo Quintero, de la Universidad Rovira i Virgili. Jorge Awad, presidente de la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras. Decanos de la Facultad de Economía y Negocios y de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Miguel León y Miguel Schweitzer, respectivamente. Director Ejecutivo de la Fundación Chile Ciudadanos, Fernando Balcells. Profesores Jean Pierre Matus y Sebastián Soto de la Universidad de Chile y Pontificia Universidad Católica de Chile, respectivamente, y de los profesores de la Universidad Finis Terrae, Enrique Navarro, Rodrigo Barcia y Gabriel Hernández.

## **16. CHARLA ACADEMIA JUDICIAL**

El 28 de septiembre, el director de la Academia Judicial, Eduardo Aldunate, dictó una charla a los alumnos de Quinto Año sobre la importante labor que desarrolla la Academia Judicial, instancia académica crucial y única, no solo para quienes vean en el Poder Judicial su futuro profesional, sino para todos los alumnos de nivel superior de la carrera.

## **17. CICLO DE CHARLAS “SITUACIÓN VECINAL Y POPULISMO EN LATINOAMÉRICA”**

El 3, 6 y 20 de octubre, se realizaron los ciclos de charlas en Casas de Lo Matta, en conjunto con la Municipalidad de Vitacura, donde expusieron Miguel Schweitzer, Hernán Felipe Errázuriz y Evelyn Matthei sobre la situación Bolivia/La Haya, los populismos en América Latina y los riesgos para Chile de caer en el populismo, respectivamente.

## **18. CURSO NEGOCIACIÓN Y MEDIACIÓN**

El 22 de octubre se inició el Curso “Negociación y Mediación”, dirigido a exalumnos de la Facultad de Derecho, el que tuvo una duración de dieciocho horas cronológicas y dictado por Carolina Larraín, profesora de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Mirtha Ulloa, profesora de la Universidad Alberto Hurtado, y Jessica Smith, profesora de la Universidad Finis Terrae.



